UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

COMMENTAIRE
de la Loi du 2 Avril 1941
sur le Divorce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le 18 Mai 1943, à 15 heures

PAR

Alain DUPUY

JURY :

Président : M. André TRASBOT, Professeur
Suffragants : M. LENOAN, Professeur, Doyen
M. Roger HOUIN, Agrégé

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (société coopérative), 22, RUE DE NEMOURS
—
1943

FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

Nom du candidat : **DUPUY.**

Prénom : **Alain.**

Date de la soutenance : 18 Mai 1943.

Numéro d'ordre :.....

DUPUY (Alain).

Commentaire de la Loi du 2 Avril 1941 sur le divorce. — Rennes, Imprimeries Réunies, 1943, in-8° raisin, 160 pp.

(*Thèse Droit (Univ.), Rennes*, 1943, *n°*.....).

DUPUY (Alain).

Commentaire de la Loi du 2 Avril 1941 sur le divorce. — Rennes, Imprimeries Réunies, 1943, in-8° raisin, 160 pp.

(*Thèse Droit (Univ.), Rennes*, 1943, *n°*.....).

DUPUY (Alain).

Commentaire de la Loi du 2 Avril 1941 sur le divorce. — Rennes, Imprimeries Réunies, 1943, in-8° raisin, 160 pp.

(*Thèse Droit (Univ.), Rennes*, 1943, *n°*.....).

DUPUY (Alain).

Commentaire de la Loi du 2 Avril 1941 sur le divorce. — Rennes, Imprimeries Réunies, 1943, in-8° raisin, 160 pp.

(*Thèse Droit (Univ.), Rennes*, 1943, *n°*.....).

COMMENTAIRE
DE LA LOI DU 2 AVRIL 1941
SUR LE DIVORCE

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

COMMENTAIRE
de la Loi du 2 Avril 1941
sur le Divorce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le 18 Mai 1943, à 15 heures

PAR

Alain DUPUY

JURY :

Président : M. André TRASBOT, Professeur
Suffragants : M. LENOAN, Professeur, Doyen
M. Roger HOUIN, Agrégé

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (société coopérative), 22, RUE DE NEMOURS
—
1943

A la mémoire de ma chère
Maman.

A mon Père.
Témoignage de ma
reconnaissance.

A ma famille si affectueusement
unie et dévouée.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

I

Un peuple est une tradition et un avenir. La famille incarne cette tradition, prépare cet avenir. Certes, des individualités puissantes, jaillies de la masse, éclairent la route, marquent les étapes. Mais l'histoire d'une nation est faite du cheminement patient, obstiné des familles à travers les siècles. Que l'effort créateur se ralentisse, que les générations perdent le culte de leur passé et la confiance en leur avenir, la décadence se précipite, inexorable.

L'étude des civilisations anciennes apprend que leur fléchissement a toujours suivi l'affaiblissement des vertus familiales. Toutes les religions ont compris la grandeur et la noblesse de la famille. Le catholicisme, en élevant le mariage à la dignité de Sacrement, lui a donné une investiture divine. En proclamant l'indissolubilité de l'union librement consentie des deux époux, il assure l'avenir de la famille. Bien plus par les disciplines morales qu'il impose à ses fidèles, il s'efforce de protéger le foyer, d'en écarter les fautes qui le détruisent. L'erreur fondamentale de la Révolution de 1789 a été de rompre brutalement avec cette sagesse, de s'insurger contre ces disciplines sous le prétexte qu'elles portaient atteinte aux

libertés de l'individu, de dresser cet individu comme un dieu, seul maître de son destin. A son tour, le monde moderne, par les conditions de vie nouvelle qu'il a créées, a ébranlé l'édifice social et porté un rude coup à la famille. Avant ces progrès scientifiques qui ont bouleversé l'existence des peuples, les gens vivaient dans un cercle étroit : leur commerce, leur industrie, leurs terres, leur profession. Les déplacements étaient difficiles et pénibles. Dans les bourgs, les petites villes, des familles grandissaient, fortement implantées dans le sol qui les nourrissait. Ces familles saines, robustes, enchevêtrées les unes dans les autres, reliées par les liens puissants de la parenté, montaient du passé vers l'avenir. Elles avaient la conscience et la fierté de leur mission. Leur seule ambition était de transmettre à leurs enfants l'héritage matériel et moral reçu du passé. Elles donnaient au pays une armature solide : elles étaient la France. Le brusque développement de l'industrie, sa concentration en usines énormes, son appel de main-d'œuvre bouleversèrent cette existence paisible et sage. Des moyens de communications rapides, remplaçant les antiques diligences aidaient à la transformation économique : chemins de fer, autos, pénétraient dans les plus petits bourgs. La famille subit le choc. Elle s'arracha de ses assises, s'éparpilla et perdit son sens profond. Dans nos grandes agglomérations, chaque foyer est un îlot isolé dans le temps et dans l'espace. Trop souvent les époux travaillent séparés. Ils connaissent des promiscuités dangereuses. La vie intime qui est le charme de la maison, fait place à une vie extérieure trépidante, toute de plaisirs facti-

ces. Les époux continuent de vivre l'un à côté de l'autre, dans la rue, au cinéma, en voyage : ils ne vivent plus l'un pour l'autre. Bien plus, l'enfant qui devrait être une joie, devient un embarras, une charge au foyer ainsi désaxé.

A toutes les menaces qui pèsent sur la famille et à travers la famille, attaquent la société, le législateur aurait dû opposer des mesures protectrices, s'efforcer de consolider les foyers ébranlés. Mais depuis 1789, il est victime de sa propre idéologie. Il a trop exalté les droits de l'individu à vivre sa vie. Aussi, constatant le mal, ne fait-il, en quelque sorte, que l'accepter. La Révolution accorde le divorce aux mœurs déplorables qui naissent de tout désordre. La Restauration réagit. Mais la République, reprenant la tradition révolutionnaire, le rétablit au lendemain de la guerre de 1870, en plein bouleversement économique et social. Aussitôt les divorces se précipitent, la natalité fléchit. Evidemment, ce n'était pas l'intention de l'auteur de la loi de 1884 sur le divorce, Naquet. Mais tels sont les faits. La guerre de 1914-18, l'après-guerre aggravent encore le mal. Le nombre des divorces augmente chaque année, les naissances diminuent. Le législateur ,ému de cette situation et des dangers qu'elle fait courir au pays, décide d'intervenir.

Il l'a d'abord fait très timidement. Diverses mesures ont été prises pour favoriser les enfants légitimes, ou faciliter, par l'adoption, la création de familles artificielles lorsque la fécondité fait défaut dans un foyer, ou réprimer l'avortement ainsi que l'outrage aux bonnes mœurs. Le décret-loi du 29 juillet 1939, dit « Code de la Famille » a rassemblé

un grand nombre de dispositions d'ordre économique, financier et fiscal, toutes destinées à protéger et même aider la famille.

Puis, le législateur effrayé par le fléchissement de la moralité, poussé par l'impérieuse nécessité d'assurer la défense nationale a décidé d'agir plus profondément. Les mesures prises arrivaient trop tard. De plus, trop restreintes encore, elles tendaient à aider la famille par des avantages pécuniaires, elles ne la consolidaient pas.

Il était réservé au Gouvernement du Maréchal Pétain, issus des événements de juin 1940, d'aider dans un plus large mesure la famille et de lui assurer une plus grande stabilité. Un de ses premiers actes a été de créer un Secrétariat à la Famille. Dès le 25 juillet 1940 le Maréchal Pétain affirmait : « La famille est l'assise même de l'édifice social, c'est sur elle qu'il faut bâtir ; si elle fléchit, tout est perdu ; tant qu'elle tient, tout peut être sauvé ; c'est donc à elle que nous devons nos premiers soins ». Et il ajoutait : « La Famille aura le respect et la protection de la nation. La France rajeunie veut que l'enfant remplisse vos cœurs de l'espoir qui vivifie et non plus de la crainte qui dessèche. Elle vous rendra pour son éducation et son avenir la confiance que vous avez perdue. Les Familles françaises restent dépositaires d'un long passé d'honneur ; elles ont le devoir de maintenir à travers les générations les antiques vertus qui font les peuples forts. Les disciplines familiales seront sauvegardées. »

Lorsque les circonstances le lui ont permis, le Gouvernement a commencé de tenir ses promesses ;

le taux des allocations familiales a été relevé par plusieurs lois : 18 novembre 1940, 15 février et 29 mars 1941. Pour favoriser le retour de la femme au foyer, l'allocation de salaire unique a été créée, après l'allocation de la mère au foyer qu'elle remplacera presque toujours, car elle est plus avantageuse, lorsque le salarié travaille pleinement. Le poids des impôts a été allégé, particulièrement pour les transmissions successorales (1). Des mesures tendant à assurer une vie plus hygiénique de la Famille ont été prises, spécialement une loi du 23 août 1940 contre l'alcoolisme.

L'atmosphère a été rendue plus favorable, la Famille a été mise à l'honneur : institution officielle de la Fête des Mères, de la médaille de la famille, des cartes de priorité... Toutes ces mesures contribuent à faire naître dans l'esprit du public un sentiment de respect et parfois même d'envie dont on ne saurait que se réjouir. Les pères de famille ne doivent plus être considérés comme « les grands aventuriers du monde moderne ».

Si ces nouvelles dispositions qui améliorent les conditions de vie de la famille sont excellentes en soi, elles sont insuffisantes, inopérantes le plus souvent. Le mal est dans les esprits. La famille a été ébranlée par plus d'un siècle de climat individualiste, de liberté poussée jusqu'à la licence. Le législateur doit la protéger non seulement matériellement, mais moralement contre les ennemis qui l'attaquent du dehors : presse, cinéma, théâtres ; contre les ennemis

(1) Lois du 4 novembre 1940 et du 26 octobre 1942.

qui l'attaquent au dedans : les époux eux-mêmes, leur légèreté, leurs caprices, leurs passions.

En défendant la Famille, il sert la société. Comment atteindra-t-il son but ? Le mariage qui fonde la famille doit assurer la continuation de l'espèce, l'éducation des enfants, préparer leur avenir. Les époux ne peuvent accomplir cette mission que dans la sécurité, dans la stabilité : on ne construit pas sur des sables mouvants. Seule, l'indissolubilité assure à la Famille cette sécurité et cette stabilité. L'Eglise l'a compris, qui a fait de l'indissolubilité un de ses dogmes. Seulement son action s'exerce uniquement sur le plan spirituel. Qu'un de ses membres se révolte, elle l'exclut de la communauté de ses fidèles. Mais lui seul supportera les conséquences spirituelles de l'exclusion.

Toute autre est la situation du législateur. Qu'il supprime le divorce de droit, le divorce de fait subsiste, crée des situations qui s'imposent à la vigilance de la loi, pose des problèmes qui intéressent non seulement les époux, mais des tiers. Qu'un des conjoints se séparant de l'autre vive en concubinage avec son complice, des enfants peuvent naître. N'est-il pas préférable, nécessaire même, de substituer à cette situation de fait qui existe, un divorce de droit qui règle les problèmes qu'une telle situation a pu créer.

Telle a été la pensée du législateur ou des auteurs de la loi du 2 avril 1941, tel a été l'esprit qui les a animés. Estimant que dans l'état actuel des mœurs, ils ne pouvaient supprimer le divorce, ils l'ont limité à certaines causes bien définies et se sont efforcés d'en rendre l'admission plus difficile.

Il est bien difficile d'expliquer la législation en vigueur si l'on ignore tout du passé. La loi actuelle est l'aboutissant d'une longue évolution. Un bref exposé de cette évolution de la législation à travers le droit français permettra de connaître la place plus ou moins large faite au divorce dans le passé et d'apprécier exactement la portée de la loi nouvelle.

II

I. — Lorsque le Christianisme commence à pénétrer le monde romain, le divorce est admis de la façon la plus large. L'intervention du juge n'est pas nécessaire, ni le consentement mutuel des époux requis : il suffit de la volonté d'un seul, d'où des abus considérables. Dans les pays nordiques, les coutumes germaniques l'autorisent aussi (1).

Dès les premiers temps, l'Eglise va lutter contre ces législations, pour tenter d'obtenir la suppression du divorce, en application du dogme de l'indissolubilité du mariage, dogme qui ne s'affirma que peu à peu et fut proclamé au Concile de Trente (1543-1560). Le mariage est considéré comme un Sacrement, même par les pouvoirs publics : la matière est donc du ressort du droit canonique. Plus spécialement, l'Eglise prohibant la dissolution du lien matrimonial, l'ancien droit ne la permet pas, mais admet deux tempéraments : les nullités de mariage, pour des causes antérieures ou au plus tard concomitantes au mariage et la séparation de corps, prononcée en justice pour

(1) LEFEBVRE. *Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine.* Nouv. Rev. Historique, 1928, p. 102.

des causes laissées à l'arbitraire du juge. Par l'effet des nullités, le mariage est regardé comme n'ayant jamais existé : les anciens époux peuvent se remarier. La séparation de corps, qualifiée souvent par les textes de l'époque de divorce, supprime seulement le droit et le devoir de cohabitation, mais ne permet pas aux époux de se remarier (1).

II. — Le 20 septembre 1792, en sa dernière séance, l'Assemblée Législative, sous l'influence des Girondins, introduit le divorce et supprime la séparation de corps.

Cette réforme, en fait, ne correspond pas aux vœux de la Nation. Les Cahiers des Etats-Généraux sont remplis de revendications de toutes sortes. Mais trois Cahiers seulement demandent la réforme du mariage par la suppression de l'indissolubilité.

Ce n'est pas le peuple qui songeait à l'établissement du divorce, mais un petit groupe de novateurs (quelquefois intéressés) s'appuyant sur des thèses soutenues par des philosophes du XVIII[e] siècle : Locke, Voltaire, Diderot, Montesquieu... Amplifié par la presse, ce mouvement d'idées favorables au divorce, qui se dessine, se rattache, M. Cruppi l'a fort bien souligné « à la crise philosophique et morale dans la noblesse et la bourgeoisie à la veille de la Révolution » (2).

Cette loi du 20 septembre 1792 a été inspirée par deux principes chers aux Révolutionnaires de 1789.

Le premier est le principe de la laïcité que les républicains défendent au nom de la liberté de conscience.

---

(1) Esmein. *Le mariage en droit canonique*, 2[e] édition, 1929-35.

(2) Cruppi. *Le divorce pendant la Révolution*. Thèse, Paris 1910.

Ce principe exige la sécularisation du droit et l'ignorance de toutes considérations religieuses dans l'établissement des règles juridiques (1). Ces exigences sont satisfaites par la législation révolutionnaire. La Constitution du 3 septembre 1791 proclame dans son article 7 : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers qui en recevront les actes ».

La sécularisation de l'état civil est décidée, elle sera réalisée par la loi du 20 septembre 1792 : « c'est une conquête si décisive qu'on n'osera plus la contester » (2).

Dans son préambule, la Constitution avait déjà déclaré : « la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution ».

Le second principe qui va emporter le vote de la loi sur le divorce est celui de la liberté individuelle. Deux déclarations suffiront à le montrer. Dans son rapport, à la séance du 9 septembre 1792, Léonard Robin déclare : « La liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention ». La loi du 20 septembre 1792 rappelle elle-même dans son préambule le principe sur lequel elle fait reposer le divorce : « Considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte... ».

---

(1) Georges RIPERT. *Régime démocratique et droit civil moderne.* Spécialement pages 71 à 89.

Ces principes suffisaient à l'établissement du divorce. On voulut une justification juridique. On la trouva dans la conception du mariage-contrat. La loi du 20 septembre 1792 assimile le mariage aux contrats ordinaires qui se forment et se rompent par le simple consentement des parties. Sous une autre forme, M. Bonnecase constate : « La Révolution ne reconnaît pas la famille à titre d'unité organique »; à ses yeux il n'existe que des individus, « ceux-ci ne peuvent jamais être groupés sous le nom de famille qu'en vertu d'un contrat de droit commun résiliable au gré des deux parties ou même de l'une d'elles » (1). A ce contrat, la société n'est pas intéressée, c'est uniquement l'affaire des parties. Le 3 septembre 1791, la Constitution déclarait que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil. Un an après, le 20 septembre 1792, une loi établissait la faculté de divorcer.

Pour quelles causes et selon quelle procédure le divorce sera-t-il prononcé ?

On peut ranger les causes qui motiveront le divorce en trois groupes différents : le consentement mutuel, résultant d'une simple déclaration sans motifs allégués; en second lieu la répudiation unilatérale « sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère »; enfin, des causes déterminées fort nombreuses dont plusieurs sont contestables : la démence, la folie, la fureur de l'un des époux, la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes, les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre, le

(1) J. Bonnecase. *La philosophie du code Napoléon appliquée au droit de famille*. Paris 1928, p. 84.

déréglement notoire des mœurs, l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins, l'émigration dans certains cas, l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, pendant cinq ans au moins.

Ces mesures ne parurent pas encore suffisantes. Des facilités nouvelles furent accordées par des dispositions postérieures, les deux décrets du VIII Nivôse et du IV Floréal an II (1). Le premier ordonne aux tribunaux de famille, chargés de statuer sur les contestations relatives aux droits des époux divorcés, de le faire dans le mois de la demande, et permet au mari de se remarier sitôt le divorce prononcé et, à la femme dix mois après. Le second décret autorise la femme à se remarier avant l'expiration des dix mois et sans délai si elle accouche après son divorce ou si elle prouve, par acte de notoriété publique ou acte authentique que les époux sont séparés depuis plus de six mois.

Quant à la procédure, elle était fort simple et rapide. L'officier public du domicile des époux était chargé de prononcer le divorce après constatation de l'existence d'une des causes prévues : consentement mutuel des époux, incompatibilité d'humeur.....

En introduisant le divorce, la loi du 20 septembre 1792 écarte la séparation de corps, manifestant sa volonté de « purger l'élaboration des règles juridiques de toute considération religieuse » (2). Les révolutionnaires pensaient d'ailleurs que la séparation ne présentait aucun avantage, les époux restant liés, mais qu'elle avait tous les inconvénients du divorce. L'un d'eux,

---

(1) 28 décembre 1793 et 23 avril 1794.

(2) Georges RIPERT. Op. cit., p. 72.

Aubert-Dubayet, déclarait : « La séparation voue la femme vertueuse au malheur ou commande l'adultère » et un autre, Gossin, d'affirmer à l'Assemblée Constituante : « l'état le plus heureux, le mieux réglé, serait celui où tous les hommes seraient non seulement mariés, mais véritablement époux... Les célibataires sont dès lors les plus grands fléaux des mœurs. Comment donc, au célibat des gens qui fuient le mariage, a-t-on pu ajouter le célibat de ceux à qui l'on refuse le mariage ? Je vous en conjure, Messieurs, assurez à jamais la liberté individuelle de l'homme ».

Les effets de la loi et des décrets additionnels furent déplorables. « L'usage qu'on fit du divorce prouve que son établissement était conforme aux aspirations d'alors » (1). M. Olivier Martin, dans sa thèse consacrée à l'étude de la législation révolutionnaire du divorce, a étudié minutieusement les effets du divorce et dressé des statistiques édifiantes.

Il constate que le divorce pénétra uniquement dans les grandes villes, dans les ports et sévit surtout à Paris. En province, le pourcentage est peu élevé dans les villes moyennes : 132 divorces pour 3334 mariages à Rennes. A Paris, en 1794, il y eut plus de cinq mille divorces, soit à peu près un divorce pour deux mariages. Cette course au divorce, sinistre comédie, s'accompagne de la célébration en grande pompe de la fête des époux. A ce moment, dit le rapporteur d'un projet, tendant à ralentir cette course, « le mariage n'est plus qu'une affaire de spéculation. On prend femme comme une

---

(1) Olivier-Martin. *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*. Thèse, Paris 1901.

marchandise, en calculant le profit dont elle peut être, et on s'en défait sitôt qu'elle n'est plus d'aucun avantage : c'est un scandale vraiment révoltant » (1). Et le Conseiller Siméon de surenchérir : « on a voulu, dit-il, alléger la chaîne du mariage, on l'a rompue, on a introduit sous un nom honnête une véritable prostitution ».

Devant les abus de la liberté nouvelle, la Convention va réagir et revenir à la loi de 1792 en suspendant, par un décret du 15 Thermidor, an III (2), l'exécution des décrets additionnels de l'an II.

Elle faisait ainsi « cesser le marché de chair humaine que les abus du divorce avaient introduit dans la société » (3).

Telle fut la législation révolutionnaire relative au divorce. Excessive, elle a contribué à la désagrégation de la famille en même temps que d'autres mesures aussi néfastes, par exemple, la loi du 12 Brumaire an II (4) qui donne aux enfants naturels un droit successoral égal à celui des enfants légitimes, avec rétroactivité au 14 juillet 1789. Elle a fait preuve, par ailleurs, de manque de tolérance, en refusant l'expédient de la séparation de corps à ceux qui répugnaient au divorce pour des raisons religieuses.

Cette législation poussée à l'extrême, dans le déchaînement des passions anti-religieuses, des luttes de partis, ne pouvait avoir qu'un caractère provisoire. La fièvre tombée, une réaction se produisit.

---

(1) Mailhe. Gaz. Nationale, n° 307 du 27 juillet 1795.
(2) 2 août 1795.
(3) Ph. Deleville au Conseil des Cinq Cents.
(4) 3 novembre 1794.

III. — Il s'agissait — M. Glasson l'a fort bien souligné — de réorganiser la famille, de « rendre au mariage le rang qu'il doit occuper dans les institutions civiles, de donner satisfaction aux sentiments religieux sans froisser des convictions philosophiques sincères et surtout sans renier le grand bienfait de la sécularisation du droit » (1).

Le Directoire entreprit cette œuvre de réorganisation et d'apaisement. Le mariage civil fut maintenu sans discussions. La question du divorce, au contraire, seuleva de nombreuses controverses (2).

Les plus vives portèrent sur le maintien ou la suppression, comme causes de divorce, de l'incompatibilité d'humeur et de caractère, du consentement mutuel.

Plusieurs représentants, entr'autres Favart, demandèrent la « suspension, jusqu'après la discussion du Code Civil, de toute demande en divorce, fondée sur la simple allégation d'humeur et de caractère » (3).

---

(1) GLASSON. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe.* 2e édition, Paris 1880.

(2) Ceux que cette étude intéresserait spécialement auront intérêt à se reporter aux ouvrages de M. Olivier MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire,* thèse, Paris 1901, et de M. THIBAULT-LAURENT, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire,* thèse, Montpellier 1939.

(3) A ce sujet, voici la déclaration d'un membre du Conseil des Cinq Cents : « Assez d'hommes, avides ou livrés au plus affreux libertinage, assez de femmes surtout, oubliant la timidité naturelle de leur sexe et la pudeur qui fait le plus bel ornement, ont abusé d'une loi trop facile. Il faut un terme

Ces interventions n'aboutirent pas. En cette période tourmentée, les événements allaient plus vite que les hommes.

A la suite des journées des 18 et 19 Brumaire, an VIII (1), le Directoire fut renversé et remplacé par le Consulat. Celui-ci donna aussitôt une impulsion nouvelle à la rédaction du Code Civil. Le 24 Thermidor an VIII (2), un arrêté institue une conférence sur la rédaction du Code Civil, à laquelle participeront Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis, Maleville. Ses travaux devront être terminés à la fin de Brumaire, an IX (3). Ils le furent, Maleville souligne : « à force de travail, nous parvinmes à faire un Code Civil en quatre mois, il fut achevé d'imprimer le I Pluviose, an IX (4). Le titre VI du livre I était consacré au divorce. La plupart des rédacteurs, en particulier Portalis, rapporteur du projet, manifestèrent leur hostilité au divorce aux cours de longs débats qui se terminèrent par la promulgation de la loi du XI Germinal, an XI (5) dont le contenu sera étudié par la suite. Il suffit pour l'instant de savoir qu'elle supprime le divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère.

Les discussions sur le problème du divorce par consentement mutuel aboutirent à une solution trans-

---

à la dépravation des mœurs. Il faut qu'il ne soit plus prononcé sur aucune demande en divorce pour simple cause d'incompatibilité d'humeur et de caractère. »

(1) 9 et 10 novembre 1799.

(2) 22 août 1800.

(3) Novembre 1800.

(4) 21 janvier 1801.

(5) 31 mars 1803.

actionnelle. Son maintien rencontra une opposition quasi générale. Bigot-Préameneu, l'un des rédacteurs du Code Civil s'opposait au divorce par consentement mutuel : « il est inadmissible », déclare-t-il au Conseil d'Etat et il ajoute : « le contrat de mariage n'appartenant pas aux époux seuls, ne peut être détruit par eux : les enfants, la société y sont parties intéressées ».

Bonaparte, Premier Consul, à cette époque reconnaissait bien les conséquences néfastes du divorce, mais il entrevoyait la fondation d'une dynastie et songeait déjà à une rupture avec Joséphine de Beauharnais qui ne pouvait lui donner d'enfants. Aussi voulut-il faire introduire le divorce par consentement mutuel. Il intervint dans la discussion et prit position contre Bigot-Préameneu et tout le Conseil d'Etat : « Les lois sont faites pour les mœurs. Il y aurait de l'inconvénient à obliger un époux de poursuivre devant les tribunaux le divorce pour adultère. Cette cause doit être couverte par le consentement mutuel qui n'est pas une raison de divorce, mais un indice de sa nécessité ».

En fait, l'article 233 du Code Civil introduisit le divorce par consentement mutuel, non pas « comme cause de divorce, mais comme moyen de suppléer et de découvrir d'autres causes qu'il serait trop pénible d'alléguer » (1). Le consentement mutuel et persévérant disait-on, implique une cause péremptoire qu'on ne veut pas divulguer mais il doit être entouré

(1) THIBAUDEAU, au Conseil d'Etat, séance du VI nivôse an X (27 décembre 1801). Fenet, tome 9, pp. 372 et suiv.

de formalités, pour rendre ce mode de divorce très difficile. La loi du XI Germinal, an IX (1) répondit à cette préoccupation .

Elle maintint le divorce « conquête de la Révolution », mais en prenant des précautions pour arrêter le « torrent d'immoralité », que roulaient les lois révolutionnaires. « Le divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère fut supprimé. La dissolution du mariage ne fut admise que pour des causes déterminées, réduites de sept à trois : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. En second lieu, entouré de garanties susceptibles d'en atténuer les inconvénients, le divorce par consentement mutuel fut permis pour « épargner aux malheurs des familles, la publicité » (2). Les exigences de la loi sont multiples : nécessité de manifester quatre fois dans l'année l'intention de divorcer, obligation d'obtenir l'autorisation des parents, impossibilité de divorcer soit avant un délai de deux ans depuis la célébration du mariage, soit vingt ans après le mariage, accords entre conjoints pour régler l'éducation des enfants et assurer leur sort, chaque époux devant faire préalablement l'abandon immédiat et complet de la moitié de sa fortune aux enfants.

La séparation de corps fut autorisée de manière parallèle. On donnait ainsi satisfaction à l'opinion catholique.

---

(1) 31 mars 1803.

(2) TREILHARD, conseiller d'Etat. Discours au Corps Législatif.

La législation de 1804 eut pour effet d'arrêter la course au divorce. Thibaut-Laurent (1) constatant qu'il n'y eut environ que soixante divorces à Paris, de 1803 à 1816, conclut que le divorce n'était pas entré dans les mœurs.

Le législateur de l'Empire a ainsi réorganisé la famille. Il voit le divorce avec défaveur (2), mais il ne veut pas revenir entièrement sur les réformes accomplies, ni réagir de manière brutale contre l'œuvre révolutionnaire. Le divorce reçoit un fondement un peu différent : le mariage n'est plus considéré comme un contrat ordinaire, mais comme une institution juridique de l'état des personnes que les intéressés ne peuvent modifier à leur gré. Le Conseiller d'Etat Treilhard, dans un discours au Corps Législatif, dégage de manière remarquable l'esprit de la loi, en se plaçant sur le terrain de l'opportunité : « le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue, et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible... En un mot, le divorce serait un mal s'il était prononcé quand il n'est pas démontré que la vie commune est insupportable. Comme remède, il est affligeant sans doute, mais moins encore par ses effets que par ses causes ».

Conception modérée qui, si elle se rapproche singulièrement de celle exposée par le Garde des Sceaux,

---

(1) THIBAULT-LAURENT. Thèse citée.

(2) Les époux divorcés ne peuvent pas se réunir ; le divorcé ne peut épouser son complice adultère ; celui contre lequel le divorce est prononcé perd ses avantages matrimoniaux.

M. Joseph Barthélémy, dans son allocution radiodiffusée (1), est assez loin des idées révolutionnaires sur le respect absolu de la liberté individuelle.

Sans passion, sans parti-pris, la législation consulaire et impériale fait contraste avec la législation de 1816 qui l'abroge et lui succède.

IV. — L'effondrement de l'Empire va être fatal à la loi de 1804. La charte de 1814 confère à la religion catholique la qualité de religion d'état : le divorce est déjà condamné. Une proposition de loi tendant à l'abolition du divorce est déposée par le député de Bonald. Elle aboutit à la loi du 8 mai 1816 qui supprime le divorce et n'admet que la séparation de corps. C'est une loi de réaction qui marque la volonté du gouvernement de la « Restauration » de répudier l'héritage moral de la Révolution (2).

Le législateur se laisse trop guider par des idées de politique religieuse. De Bonald, et surtout de Tringuelague (3) qui eut à rapporter la proposition de Bonald devant la Chambre, ne manquèrent pas de mettre en

---

(1) Le divorce sera considéré « comme une institution exceptionnelle, comme le remède suprême des situations irrémédiables.

(2) Planiol et Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. II Famille, avec la collaboration de Rouast, p. 395.

(3) De Trinquelague à la Chambre : « L'objet du mariage n'est pas seulement de donner l'existence à des enfants. Il est encore de les élever, de les rendre propres à devenir eux-mêmes les chefs d'une famille nouvelle et de perpétuer ainsi le genre humain... L'union des époux doit donc nécessairement se prolonger pendant tout le temps que cette éducation exige. Mais ce qui a été fait pour un enfant, il faut le recommencer pour l'autre... »

avant des motifs extra-confessionnels de condamnation du divorce, tels que la nécessité de l'indissolubilité du mariage, du fait même de l'obligation des époux d'élever leurs enfants. Ces motifs furent allégués par trop incidemment et voilés à l'excès sous des préoccupations confessionnelles et politiques. Il suffit de citer quelques extraits du discours de de Bonald pour en être convaincu : « sans doute le rétablissement de la religion est le besoin le plus pressant du peuple et le premier vœu de ses députés... dans la question qui vous occupe, le gouvernement aura rempli tous ses devoirs envers la religion, lorsqu'il aura pourvu à ce que le lien du mariage, formé par le consentement mutuel des parties, garanti par la puissance civile et consacré par la puissance religieuse, ne puisse être dissous par la loi...

« Il suffira de dire que telle est l'identité des principes et de la constitution de la société domestique et de la société publique, telle par conséquent, l'analogie de nos idées sociales, que les pensées, les sentiments et les habitudes qui font naître l'indissolubilité de la monarchie domestique, conduisent naturellement aux pensées, aux sentiments, aux habitudes qui défendent et conservent l'indissolubilité ou ce qui est la même chose, la légitimité de la monarchie politique... La démocratie politique qui permet au peuple, partie faible de la société politique, de s'élever contre le pouvoir est la compagne nécessaire de la faculté du divorce, véritable démocratie domestique qui permet à la partie faible de s'élever contre l'autorité maritale et d'affaiblir ainsi l'autorité paternelle ».

Conséquence néfaste : l'indissolubilité du mariage devient une institution religieuse et aristocratique ; le divorce, au contraire, une institution républicaine, démocratique. Aussi tous les partis révolutionnaires vont l'insérer dans leur programme.

En 1830, la Charte modifiée ayant enlevé au catholicisme son caractère de religion d'Etat, le rétablissement du divorce fait l'objet de plusieurs propositions (1) votées par la Chambre des Députés, mais repoussées par la Chambre des Pairs.

En 1848, la tentative de réforme n'eut pas plus de succès auprès de l'Assemblée Constituante (2).

Ce fut seulement soixante-huit ans après le vote de la loi de Bonald que fut admis à nouveau, par la loi du 27 juillet 1884, à la suite d'une campagne acharnée de Naquet, le principe du divorce « aboli par la réaction légitimiste et cléricale de 1816 » (3).

V. — Depuis 1880 environ, le parti républicain avait conquis le pouvoir ; à nouveau le courant d'idées issu de la Révolution l'emportait : il était normal que la loi de revanche de 1816 fut effacée.

---

(1) Propositions de SCHONEN 1831, de BAVOUX en 1833, 34 et 35.

(2) Proposition CRÉMIEUX.

(3) De 1876 à 1884, nos assemblées parlementaires furent saisies par Alfred NAQUET de trois propositions de loi : 8 juin 1876, 21 mai 1878, 11 novembre 1881. Pour l'étude détaillée de ces propositions, se reporter à la thèse de BLANC DU COLLET : *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en* 1884. Paris 1939.

A — « Le divorce est de tradition démocratique et républicaine » proclamait-on. De pareils arguments ne pouvaient laisser d'espoir aux adversaires du divorce : les partisans du divorce ne se réclamaient-ils pas des principes immortels de 1792 et 1793, du respect de la liberté individuelle, de l'assimilation du mariage à un contrat. Quelques extraits des discours prononcés illustreront ces affirmations, sans qu'il soit besoin d'insister sur les discussions qui précédèrent le vote de la loi. Appelé à défendre les conclusions de son rapport à la tribunal de la Chambre, de Marcère termina : « C'est l'éternel honneur de la Révolution Française d'avoir consacré l'affranchissement des personnes... Je place la réforme que nous vous proposons sous l'invocation de ces grandes choses le droit, la justice, le respect de la personnalité humaine ».

Alfred Naquet, défendant sa conception du mariage assimilé à un contrat expliquait : « Depuis 1789, le mariage est devenu chez nous un contrat civil ayant pour base le consentement respectif et l'accord mutuel des époux ; par conséquent il doit obéir aux principes généraux qui régissent tous les contrats civils, et ces principes sont qu'un contrat civil peut toujours être dissous dans deux conditions particulières. La première de ces conditions quand les deux auteurs sont d'accord pour le dissoudre ; la deuxième quand un des auteurs des contrats n'a pas tenu ses engagements vis-à-vis de l'autre et que ce dernier, pour cause d'inexécution des clauses consenties, en demande la résiliation. Si donc le mariage est un contrat civil, il doit être susceptible de résolution comme tous les

autres contrats civils. « Enfin, le rapporteur Labiche, s'adressant aux membres du Sénat s'écriait : « Vous allez décider si la majorité républicaine consentira à approuver, à sanctionner l'œuvre de réaction politique et religieuse de la Chambre Introuvable de 1816 » (1).

B — La loi du 27 juillet 1884 consacre la conception du divorce, remède à une situation intolérable et surtout sanction de la faute de l'un des deux conjoints. Le régime nouveau n'est pas exactement celui du Code Civil. Le divorce par consentement mutuel étant supprimé, la dissolution du mariage ne peut être prononcée que pour trois causes déterminées : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves et la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, c'est-à-dire pour les mêmes causes que celles prévues par la loi de 1804. La loi précise toutefois que la condamnation, entraînant le prononcé du divorce, devra être une condamnation à une peine afflictive et infamante et non plus seulement à une peine infamante (2).

Quant à la procédure, le législateur se contenta de faire revivre, presque sans modification, les art. 234 à 274 du Code Civil qui réglaient la procédure de divorce. Il voulait, avant tout, obtenir un vote rapide

---

(1) *J. o.* 31 mai 1884, séance du 30 mai, débats parlem. Sénat, p. 1.103.

(2) NAQUET n'eut pas le succès qu'il espérait. Il préconisait l'union libre. Son ouvrage : *Vers l'union libre,* rappelle à bien des égards celui de son correligionnaire LÉON BLUM sur le mariage. Fort heureusement, ces idées n'ont pas eu de consécration législative...

de la loi et craignait de la retarder, en s'occupant d'une réforme de la procédure. Cette réforme aura lieu un peu plus tard (1).

C — Les défenseurs de la loi de 1884 ne pensaient pas compromettre l'organisation de la famille. Dès le début de l'exposé des motifs de son premier projet, Naquet avait déclaré : « Il faut désarmer par la pratique du divorce l'opposition que le divorce rencontre. Ce ne sera pas la première fois que l'idée fausse que l'on faisait d'une institution sera dissipée par l'expérience... » Et de Marcère affirmait : « Dans l'année qui suivra la promulgation de la loi, on verra un nombre de divorces élevé ; puis ce nombre diminuera d'année en année, jusqu'à ce qu'il arrive à son niveau normal qui sera un peu plus élevé que le niveau actuel ».

Les faits ont donné le désaveu le plus éclatant à ces prophéties. Le nombre des divorces a subi une progression croissante. En 1886 ,il y en eut 2950 : on crut que ce chiffre n'était aussi élevé qu'en raison de la liquidation du passé. Il fallut constater dès l'année suivante une nouvelle augmentation : 3636 divorces ; en 1900, on passe à 7157 divorces pour 299.000 mariages. En 1913, on était arrivé à 15.000 environ pour 312.000 mariages. La guerre a amené un arrêt d'autant que les instances étaient suspendues contre les mobilisés. En 1920, il y eut 29.156 divorces prononcés contre 456.000 mariages. Ce chiffre est

(1) Loi du 18 avril 1886, insérée dans le Code civil. Elle simplifiait, rendait plus rapide la procédure.

ensuite retombé à 20.000 en 1925, à 20.409 en 1930, pour remonter à 23.614 en 1937 et à 24.318 en 1938 pour 273.933 mariages .Cette progression est d'autant plus frappante qu'elle s'accompagne d'une diminution du nombre des mariages. En 1938, le chiffre des divorces atteint environ 11 % du chiffre des mariages. Non seulement le nombre des divorces a augmenté, mais bien des maux que le divorce devait permettre d'éviter ont progressé avec lui, comme le constate M. Glasson : « On se flattait que le divorce, en ouvrant la perspective d'une union meilleure aux époux désunis, supprimerait l'adultère, réduirait le nombre de crimes passionnels, ainsi que celui des unions illégitimes et des enfants naturels, qu'il contribuerait au relèvement de la natalité. En réalité que constate-t-on : un accroissement des poursuites pour adultère, du nombre de crimes passionnels, une diminution de la natalité » (1).

VI. — Le législateur de 1884 s'est donc trompé. Doit-il être seul incriminé ? Non. Si le divorce a ainsi étendu ses ravages, c'est que les barrières sur lesquelles on comptait pour le contenir : la loi, les tribunaux et les mœurs, ont cédé les unes après les autres.

Dans l'esprit des républicains qui avaient voté la loi Naquet, le divorce ne devait être prononcé que effets attendus, pensaient-ils, une autre loi pourrait effets attendus, pensaient-ils, une autre loi pourrait intervenir. Les événements devaient emporter cette illusion. Les divorces se multiplièrent. Le législateur

(1) Glasson. Op. cit., pp. 460 et suiv.

a-t-il cherché à réagir ? Bien au contraire. Voulant faire preuve d'esprit démocratique, il a fait disparaître peu à peu tout ce qui pouvait ressembler à une contrainte.

Dès 1886, une loi du 18 avril facilite et accélère la procédure. La loi du 15 décembre 1904 permet au conjoint coupable d'adultère d'épouser son complice ; du même coup, remarque M. Rouast, « l'adultère a été en quelque sorte excusé et est devenu une simple anticipation sur un second mariage ».

Une loi du 13 juillet 1907 modifie le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée avant de se remarier, dans le but de rendre plus rapide le remariage. Trois autres lois, des 9 août 1919, 9 décembre 1922 et 4 février 1928, sont intervenues depuis pour permettre le remariage immédiat dans certains cas. Plus tard, une loi du 6 juin 1908 facilite la conversion de la séparation de corps en divorce, en la rendant automatique, à la demande de l'un quelconque des époux. Toutefois, un délai de trois ans était encore exigé pour la conversion. Il est réduit à un an par un décret-loi du 29 novembre 1939.

Enfin deux lois successives, des 26 mars 1924 et 4 janvier 1930, ont permis aux époux divorcés de se remarier entre eux même si dans l'intervalle l'un d'eux avait épousé un tiers et divorcé à nouveau.

Deux lois seulement vont réagir, mais timidement contre ce mouvement législatif si favorable au divorce. Ce sont les lois des 6 février 1893 et 13 avril 1932. La première favorise la séparation de corps, en décidant que la femme séparée de corps aura désormais sa pleine capacité civile. La femme qui ne désire

pas se remarier n'a donc plus aucun intérêt à demander le divorce. La seconde punit l'époux qui, par des manœuvres dolosives, a obtenu le divorce contre son conjoint sans que celui-ci ait eu connaissance de la procédure qui était suivie contre lui. Elle met ainsi obstacle à la prononciation de nombreux jugements de divorce par défaut.

Le législateur n'est donc intervenu que très rarement pour empêcher la multiplication du divorce. Il a fait tout, au contraire pour la favoriser, en rendant la dissolution plus facile. Cependant, M. Georges Ripert le souligne très justement : « Nul ne conteste les maux qu'il engendre. Personne ne se permettrait pourtant de demander une modification des lois existantes ou une réduction de la pratique. Ce serait faire preuve d'un esprit anti-démocratique » (1).

La sagesse des tribunaux chargés d'appliquer la loi aurait pu remédier aux facilités excessives consenties par le législateur. De Marcère, rapporteur de la loi, déclarait déjà dans l'exposé des motifs de la seconde proposition Naquet : « La loi du divorce renferme une leçon de haute moralité et non un encouragement au désordre... Les magistrats compléteront d'ailleurs cet enseignement de la loi : ils sont maîtres des effets qu'elle peut produire dans les mœurs. Ils l'appliqueront dans l'esprit où elle a été faite et, loin de provoquer à la dissolution des mariages par des complaisances qui seraient un manquement à leurs devoirs, ils se montreront ce qu'ils

(1) Georges RIPERT. Op. cit., p. 77.

doivent être, les défenseurs de la société et de la famille, et ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes pour lesquelles le législateur aura réservé un recours qui, à ses yeux, n'a rien de favorable » (1). Plus tard, de Marcère devait avouer sa déception : « les magistrats n'ont pas su résister à l'opinion » (2). La loi de 1884 n'avait voulu autoriser le divorce que pour des causes déterminées ; seulement les tribunaux ont été tout de suite débordés par l'afflux des demandes. Obligés d'expédier les affaires, ils ont fini par admettre, presque d'office, les demandes en divorce qui leur étaient présentées. En 1901, 91 % des demandes en divorce étaient admises. Si submergés que les tribunaux eussent été par les demandes en divorce, ils auraient pu empêcher de nombreuses demandes d'aboutir en interprétant strictement les termes de la loi de 1884. Ils ne l'ont pas fait, mais ont, au contraire, étendu indéfiniment la notion d'injure grave. Et c'est ainsi qu'en pratique, on tournait le principe de la loi de 1884, selon lequel la dissolution du mariage n'était possible que dans des cas déterminés.

Les tribunaux ne se sont pas arrêtés là. Ils ont souvent admis, sans même être dupes, de véritables comédies organisées par les époux ou des praticiens, telles que l'abandon simulé par la femme du domicile conjugal, ou la lettre d'injures écrite d'accord pour

---

(1) De Marcère. *J. O.* Docum. parlem., Chambre, mars 1882, p. 811.

(2) M. Barthelemy. Alloc. radiodiffusée.

le procès. Enfin, les tribunaux en sont venus à admettre les jugements d'accord, appelés aussi jugements convenus, que les avoués rédigeaient eux-mêmes en plein accord avec les parties. Exclu de droit, le divorce par consentement mutuel se trouvait de fait rétabli (1).

Restait une dernière barrière pour arrêter la diffusion du divorce : des mœurs défavorables. Cette barrière a cédé aussi, les espoirs qu'on avait mis en elle se sont avérés vains. M. Henri Mazeaud constate très justement que « le courant des divorces a étendu davantage ses dévastations à mesure qu'il pénétrait dans des couches sociales moins résistantes. Si la séparation de corps n'était pas une solution démocratique, le divorce ne s'est hélas ! que trop démocratisé (2). C'est dans la population ouvrière qu'il est le plus fréquent. Si le divorce n'avait sévi que dans la bourgeoisie, peut-être aurait-il pu conserver le caractère exceptionnel qu'on envisageait en 1884. Peut-être les mœurs lui seraient-elles restées défavorables. Peut-être l'opinion, même la plus indulgente, aurait-elle considéré le remariage après divorce comme un acte de faiblesse, une défaillance, quelque chose d'analogue à une mésalliance. Le peuple ne distingue pas ces nuances. Si le mariage après divorce

---

(1) Un chansonnier a dit avec exagération, mais humour : « Le divorce est aujourd'hui la première formalité du mariage. »

(2) L'accord de l'assistance judiciaire à presque tous les demandeurs n'y est pas étranger.

est légalement considéré à l'égal de tout autre mariage, en quoi peut-il être moralement différent ? » (1)

Ainsi, toutes les barrières sur lesquelles on comptait pour empêcher la multiplication des divorces, pour limiter ses ravages, ont cédé les unes après les autres.

III

I. — En présence des conséquences désastreuses qu'entraînait à sa suite le grand nombre des divorces, une réaction très nette se produisit dans divers milieux. Elle avait pour objet d'éclairer l'opinion sur les dangers du divorce et d'en critiquer la prétendue justification juridique. Ce mouvement d'idées est, semble-t-il, pour partie à l'origine de la loi du 2 avril 1941.

Si, jusqu'à la veille de la guerre 1939-1940, l'ensemble de la population et du gouvernement se désintéressait à peu près complètement du problème de la famille, certains mouvements s'étaient développés, convaincus de la nécessité de protéger la famille. Les principaux étaient le mouvement des Semaines Sociales, celui de l'Association au mariage chrétien et ceux de l'Alliance Nationale contre la dépopulation et pour la plus grande famille. Dans leurs revues, dans leurs Congrès, les problèmes de la famille étaient spécialement étudiés. D'éminents juristes participaient aux discussions et aux travaux.

---

(1) H. Mazeaud. *La loi française et le divorce* (Congrès d'Arras de l'A. M. C.). Paris 1928, pp. 22 et suiv.

Des sociologues, persuadés des dangers que le divorce faisait courir à la société, préconisaient le mariage indissoluble. Après le mariage, dit M. Durkheim « le couple conjugal cesse d'être à lui-même sa propre fin pour devenir un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure. Cette fin, c'est la famille qu'il a fondée et dont il a désormais la responsabilité... De ce devoir, ni le mari, ni la femme ne peuvent se libérer à leur fantaisie pour la seule raison que le mariage ne leur procure plus les satisfactions qu'ils en attendaient. Ils se doivent à d'autres êtres qu'à eux-mêmes ».

Sur le plan moral et social, dans l'Encyclique Arcanum, Léon XIII montrait avec force « tout ce que le divorce renferme de conséquences funestes. Par le divorce, les engagements du mariage deviennent mobiles ; l'affection réciproque est affaiblie ; l'infidélité reçoit des encouragements pernicieux ; la protection et l'éducation des enfants sont compromises ; il fournit l'occasion de dissoudre les unions domestiques ; il sème des germes de discorde entre les familles; la dignité de la femme est amoindrie et abaissée, car elle court le danger d'être abandonnée après avoir servi à la passion de l'homme ».

Sur le plan juridique, de nombreux juristes n'admettaient puls que le mariage fut un contrat, s'attaquant du même coup à la justification juridique du divorce. Les rédacteurs du Code Civil voyaient dans l'accord des parties la source et la mesure de toute obligation. Par suite, les liens que le consentement a créés et que seul il peut créer, ne sauraient survivre à la disparition de ce consentement. La volonté qui

les a fait naître a également le pouvoir d'en fixer la durée, sans quoi on demeurerait obligé, sans l'avoir voulu, ce qui serait une atteinte à la liberté.

Les auteurs de la loi de 1884 ont transposé dans le domaine du mariage ces idées, qui ne sont que l'expression de la théorie individualiste de l'autonomie de la volonté. Considérant le mariage comme un contrat, ils ont conclu qu'il pouvait être dissous.

Aujourd'hui cette efficacité de vouloir individuel se trouve très diminuée dans les contrats. L'obligation n'a plus pour source unique le contrat, elle nous étreint de toutes parts, sans que notre consentement intervienne.

En outre, si cette conception du mariage-contrat a été longtemps admise sans discussion, de nos jours, de nombreux juristes y ont renoncé pour y substituer la conception du mariage-institution (1).

M. Bonnecase a critiqué de manière remarquable la théorie du mariage-contrat. Il a raison : le mariage qui crée la famille ne saurait être uniquement et principalement un contrat. Il est vrai que dans le mariage, on trouve l'accord des volontés des deux conjoints comme dans tout contrat. Mais, des différences apparaissent entre la formation et les effets des contrats d'une part, la formation et les effets du mariage, d'autre part.

---

(1) Pour un exposé plus complet de la discussion, se reporter à CUCHE : *La suppression du divorce,* Semaine sociale de Grenoble, Paris, Gabalda, 1924, pp. 294 et suiv. ; GOUNOT : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* thèse, Dijon 1912, pp. 256 et suiv., et surtout BONNECASE, op. cit.

Lorsque les futurs époux se présentent devant l'officier de l'état-civil, celui-ci ne se contente pas de constater l'accord des volontés, comme dans un contrat ordinaire ; c'est lui qui les déclare unis au nom de la loi. De plus, les mesures de protection du consentement ne sont pas les mêmes. Dans certains cas, elles sont moindres ; ainsi seule, l'erreur portant sur la personne physique ou civile du conjoint est prise en considération. Le dol est exclu des vices du consentement (1). Par contre, la représentation juridique, admise pour la formation des contrats ordinaires, n'est pas autorisée pour la célébration du mariage.

Une seconde différence résulte de ce fait que si la volonté est souveraine pour déterminer les effets des contrats, elle est sans action aucune sur ceux du mariage. Le statut, tel qu'il est tracé par la loi s'impose aux époux, ils ne peuvent rien y changer. Tout est d'ordre public, en matière de mariage. C'est ce qui fait dire que les époux, en se présentant devant l'officier de l'état-civil qui, après avoir constaté leur accord, les déclare unis au nom de la loi, adhèrent à « un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner à l'union des sexes, donc à la famille, une organisation sociale et morale, correspondant à la fois aux aspirations du moment et à la nature permanente de l'homme comme aussi aux directives fournies en tout domaine par la notion du droit » (2). Ils adhèrent, autrement

(1) Le code consacre implicitement la formule de LOYSEL : « En mariage, il trompe qui peut. »

(2) BONNECASE. Op. cit., p. 197.

dit, à l'institution du mariage qui ne traduit qu'un fait naturel : l'union des sexes et la famille qui en découle.

Mais si le mariage est une institution, il doit en remplir le but, à savoir la création d'une famille qui exige l'indissolubilité de l'union conjugale (1).

Le divorce doit donc être supprimé, ou tout au moins ne doit être prononcé que lorsqu'il y a inexécution grave, par l'un des conjoints, d'une obligation essentielle, que dans les cas où la loi estime qu'il est utile.

Les rédacteurs de la loi de 1884, tout en reconnaissant que le mariage n'était pas un contrat ordinaire, n'avaient pas admis qu'il fut une institution. Le fait que de nombreux juristes considèrent de nos jours le mariage comme une institution, n'est pas sans importance. Il a enlevé aux partisans du divorce tout argument d'apparence juridique et ainsi a facilité une action future du législateur contre le divorce.

II. — Une certaine réaction se manifestait donc en faveur de la défense de la famille. Cette réaction

(1) On doit approuver pleinement le docteur GRASSET quand il écrit : « Comme toutes les familles animales, la famille humaine a pour raison d'être et pour but la continuation et la perpétuité de l'espèce. Ceci dérive des caractères biologiques communs à l'homme et aux animaux. Mais il faut tenir compte aussi de la caractéristique biologique propre à l'homme. Dès lors le but biologique de la famille n'est plus seulement de donner des enfants à l'espèce humaine. La famille doit non seulement faire naître des enfants, mais les former, les élever de manière à leur permettre de devenir eux-mêmes des hommes dans toute l'acception du mot. »

s'appuyait sur les conséquences funestes de la loi de 1884 : multiplication des divorces, affaiblissement de la famille, chûte de la natalité.

A de tels maux, quel remède pouvait-on apporter ? Les uns attendaient tout d'une réforme des mœurs, les autres mettaient leur espérance dans une réforme des lois. En réalité ni les uns ni les autres n'apportent pour le présent de remède prompt et efficace. Il fallait, selon M. Glasson, et son avis mérite d'être partagé, préparer la réforme en agissant puissamment sur l'opinion par les idées et par les mesures législatives. Ainsi au lieu de faciliter le divorce et de le rendre accessible à tous, il fallait le rendre très difficile, presque impossible, en fait. Après quoi, les esprits ayant été formés à voir ce qui doit être, on l'abolirait peut-être de droit.

La loi du 2 avril 1941 répond de manière parfaite à ces exigences. Elle contient une série de mesures, destinées à réduire le nombre des divorces. Plus tard, si l'évolution des mœurs le permet, on pourra revenir purement et simplement à l'indissolubilité du lien conjugal.

III. — Si l'on veut expliquer l'histoire du divorce en France, depuis la Révolution, on doit constater qu'elle a toujours été liée à la politique.

La loi du 2 avril 1941, au contraire, fragment d'un programme général de restauration de la famille, est dégagée de toute idée politique ou religieuse « elle se préoccupe exclusivement du bien de l'Etat » (1) et se place sur le terrain de l'intérêt social.

---

(1) Cf. alloc. du Garde des Sceaux, *infra* p. 45.

Ses auteurs reconnaissent les conséquences néfastes du divorce. Ils savent que la possibilité de divorcer empêche les époux de se discipliner, de faire l'adaptation nécessaire à leur condition de gens mariés. Elle leur présente un mirage, a pu dire M. Savatier : « Par delà le désert conjugal dont elle exagère à leurs yeux l'aridité, elle fait luire une oasis où le nomade, conscient de s'être égaré, pourra enfin se désaltérer, où la femme trouvera enfin l'homme qui la comprendra, l'homme, la femme qui le charmera et où, cette fois, ils réussiront leur vie » (1).

Mais dans l'état actuel des mœurs, devant les difficultés que soulèvera la liquidation de la situation issue de la guerre, ils ont pensé qu'ils ne pouvaient supprimer radicalement une institution déjà profondément enracinée. Sans supprimer l'admission au divorce, ils la rendent si difficile qu'ils espèrent fermer « la cheminée d'appel » que constitue sa perspective. Du moins tel est leur désir.

Par voie de conséquences, ils pensent pouvoir lutter contre la crise de la natalité et surtout introduire plus de moralité dans la famille française.

Le législateur, en promulguant la loi du 2 avril 1941, s'efforce donc de mettre un terme à la multiplication des divorces.

Diverses conceptions du divorce s'offraient à lui. Le choix à faire était important, car de l'adoption de l'une ou de l'autre d'entre elles dépend la diffusion plus ou moins large du divorce.

---

(1) SAVATIER. *Le droit, l'amour et la liberté.* Paris 1937, p. 28.

La loi de 1884 consacrait l'idée que la dissolution du mariage ne peut résulter de la seule volonté des époux, mais ne peut être prononcée par le juge que dans des cas déterminés par le législateur. Les rédacteurs de la loi de 1884, disait la doctrine, s'étaient ralliés à la conception du divorce pour causes déterminées, qui s'oppose à celle du divorce par consentement mutuel ou par répudiation unilatérale, selon laquelle le simple consentement des époux ou la volonté d'un seul suffisent à obtenir la dissolution du lien conjugal.

Selon quels principes directeurs le législateur de 1941 va-t-il déterminer les causes du divorce ?

Le législateur de 1941 a conservé la conception du divorce-sanction qui avait inspiré la loi de 1884.

S'il avait considéré le divorce comme un remède, il admettait comme causes de dissolution du mariage tous les faits rendant impossible la continuation de la vie commune. Il était contraint d'admettre, par exemple, le divorce pour incompatibilité d'humeur.

Estimant, au contraire, que le divorce doit être une peine, il n'admet comme causes de dissolution que les cas dans lesquels des fautes graves ont été commises par l'un des conjoints envers l'autre, ou ceux dans lesquels des manquements aux obligations nées du mariage à la charge des époux se sont produits. Le divorce devient alors la sanction de ces fautes ou de ces manquements. Il ne peut, par suite, être prononcé que contre un coupable et jamais contre le gré de l'époux innocent.

Il est clair que la conception qui fait du divorce une peine est beaucoup plus restrictive. Elle présup-

pose, en effet, l'existence d'une faute grave. Aussi a-t-elle été adoptée par le législateur de 1941 qui a la ferme volonté d'obtenir une large diminution du nombre des divorces. C'était déjà la conception adoptée par le législateur de 1884, mais les facilités accordées par la loi, l'extension de la notion d'injure grave par la jurisprudence, la pratique avaient fait perdre ce caractère de sanction. Le divorce, aussi paradoxal que l'affirmation puisse paraître, tendait à devenir une récompense. Il fallait faire rentrer le divorce « dans la conception légale dont son dynamisme l'avait fait sortir » (1).

Dans ce but, le législateur accentue le caractère de sanction du divorce.

Mais cette mesure ne lui paraît pas susceptible de réduire de façon suffisante le nombre des divorces.

Aussi use-t-il de deux autres moyens. D'une part, il s'efforce de retarder le plus possible le prononcé du divorce. Il a l'espoir que les délais exigés, la longueur de la procédure décourageront les époux et en leur imposant le temps de la réflexion, leur permettront de se réconcilier.

D'autre part, il moralise la procédure en supprimant la publicité des débats et en réprimant l'activité de certains agents d'affaires.

Pour arrêter dès maintenant la diffusion du divorce, il faudrait que la loi nouvelle put recevoir une application rapide, sinon immédiate. Elle ne contient pas de dispositions précises à ce sujet. Il en résulte des divergence de vues dans la jurisprudence actuelle et

(1) SAVATIER. Op. cit., p. 32.

des discussions doctrinales, qu'il faudra examiner, avant de pouvoir porter un jugement d'ensemble sur la réforme.

Dans une allocution radiodiffusée, le Garde des Sceaux, Joseph Barthélémy, a présenté la loi nouvelle .La reproduction n'en est pas inutile ; elle complètera notre étude des caractère généraux de la loi.

« La loi sur le divorce, que vient de publier M. le Maréchal, est la vingt-septième des mesures qu'il a prises pour répondre aux préoccupations de la famille. Si on la détachait de cet ensemble on la comprendrait mal. Le régime tombé ne s'intéressait qu'à l'individu isolé, à ses besoins, à ses passions, à ses fantaisies, à son égoïsme systématique. Désormais, l'individu, « l'homme, le citoyen », doit être considéré par rapport à l'intérêt général et supérieur à la nation. Or, la nation réclame avant tout des foyers peuplés. Elle sera grande si elle est composée de pères de famille portés au premier rang et de mères entourées d'un respect affectueux et effectif.

« Les sociétés où dominent les ménages stériles, les couples irréguliers, instables, sont des sociétés en décadence. On l'a bien vu pour cette époque du Directoire, qui marque le sommet de la corruption en France et qui réclama, pour être assainie, l'ouragan de Brumaire et la grande secousse des guerres de Napoléon.

« Faisons un examen de conscience sur un passé plus proche et demandons-nous si les causes de notre désastre ne doivent pas être recherchées en partie dans l'absence des familles nombreuses, non seule-

ment à raison de la force militaire qu'elles nous auraient apportées, mais surtout à raison des valeurs morales qu'elles auraient accrues et multipliées.

« Toutes les lois antérieures sur le divorce ont été inspirées par des préjugés politiques, par des conceptions philosophiques, par des croyances confessionnelles. La loi actuelle ignore toutes ces considérations. Elle se préoccupe exclusivement du bien de l'Etat.

« C'est l'Assemblée Législative, la plus médiocre, la plus mauvaise et la plus bellliciste des assemblées que la France ait connues, qui a introduit le divorce en France, le 20 septembre 1792, au moment de Valmy. Elle obéissait à une conception à priori, celle de la liberté, dont « un mariage indissoluble serait la négation ».

« Le 8 mai 1816, le divorce est supprimé. Le régime de Louis XVIII obéissait à une croyance religieuse. La religion catholique était religion de l'Etat. De 1882 à 1884, le divorce fut rétabli grâce à une campagne acharnée de Naquet. Ce juif de la vallée du Rhône voulait sa revanche contre les catholiques de la Restauration.

« La loi nouvelle est étrangère à de telles préoccupations. Essentiellement réaliste, positive, tenant compte des faits, de l'état moral du pays, de la marche irréversible des événements, elle borne sa prétention à corriger, parmi les imperfections de la loi Naquet, celles dont le pays a eu le plus à souffrir. La mission de rédiger les textes législatifs est infiniment plus difficile qu'on ne se l'imagine généralement.

« La loi Naquet, par l'incertitude de ses termes, laissait la porte trop largement ouverte à l'indulgence

des tribunaux. Elle avait voulu instituer le divorce pour cause déterminée. Elle avait permis la pratique du divorce par consentement mutuel. Le fait devint évident lors du scandale des « divorces américains » dont le Palais de Justice de Paris fut, il y a peu d'années, les théâtre. Des millionnaires d'outre-mer, auxquels les tribunaux de leur pays, cependant célèbres par leurs facilités, refusaient le divorce, l'obtenaient aisément chez nous, grâce à des complicités qu'il vaut mieux ne pas rappeler.

« Ces choses ne doivent plus se revoir. Le divorce n'est pas supprimé. Seulement, le mariage sera considéré désormais, comme une chose sérieuse, ocmme une chose sainte, et le divorce comme une institution exceptionnelle, comme le remède suprême des situations irrémédiables.

« Il faudra non plus invoquer des prétextes futiles, des défaillances passagères, mais des causes sérieuses, répétées, constantes, et qui « rendent absolument intolérable le maintien de la vie conjugale ».

« La loi fait ensuite un devoir impérieux au juge d'épuiser tous les moyens de conciliation. A cet effet, elle l'arme du droit d'imposer deux délais, qui peuvent être portés jusqu'à deux ans chacun. Evidemment si la situation est désespérée, ces délais ne seront pas imposés.

« Le divorce, d'autre part, est interdit pendant les trois premières années du mariage. Seule, la séparation reste possible. Il faut laisser à certains feux la possibilité de devenir cendres.

« Les époux volages avaient imaginé de borner la demande en séparation, plus facile à obtenir. D'après

une loi toute récente, au bout d'un an, cette séparation était automatiquement convertie en divorce. Notre loi se borne à rétablir la règle antérieure. Désormais, il faudra attendre trois ans.

« L'épouse vieillie dans les soins du foyer et de la maternité, abandonnée par un mari infidèle, et ingrat pour une compagne plus jeune, pourra voir cette indignité punie par une indemnité adéquate.

« Les débats seront secrets, la curiosité malsaine du public ne sera plus alimentée par les détails intimes de la vie conjugale.

« Enfin, ces immondes officines, qui étalent jusque sur le trottoir leurs réclames indécentes pour les divorces rapides et à bon marché, seront impitoyablement fermées.

« De la réaction dans tout cela ? Pas la moindre trace. Seulement du progrès positif, pratique, social. On dit qu'il est d'abord nécessaire de procéder à une refonte des mœurs. C'est comme si l'on ordonnait à des soldats d'avoir du courage et de se passer d'armes et de munitions. La réforme morale et la réforme des institutions doivent marcher de pair pour construire la France de demain que nous voulons saine, bien portante, vigoureuse et rayonnante ».

CHAPITRE I

Réformes apportées par la loi en vue d'accentuer le caractère de sanction du divorce

Le but de la loi étant la diminution progressive du nombre des divorces, le législateur a, tout d'abord, marqué son attachement à la conception du divorce-sanction, en agissant sur les causes du divorce, sur ses effets et enfin sur le mécanisme de la conversion de la séparation de corps en divorce.

SECTION I

Action du législateur sur les causes du divorce

§ I

Enumération des causes du divorce

Dans l'art. 1er de la loi, les rédacteurs déclarent que le chapitre II du titre 6° du Code Civil intitulé : « Des causes du divorce » est rédigé comme suit :

« Art. 229. — Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme ».

« Art. 230. — La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari ».

« Art. 231. — La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce ».

« Art. 232. — En dehors des cas prévus aux articles 229, 230 et 231 du présent code, les juges ne peuvent prononcer le divorce à la demande de l'un des époux que pour excès, sévices ou injures de l'un envers l'autre, lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie conjugale.

Ce nouveau texte reproduit, sans y rien changer, les anciens articles 229 et 230, respectivement consacrés à l'adultère de la femme et à celui du mari. D'autre part, il fait passer, littéralement inaltéré, le contenu de l'ancien art. 232, concernant les condamnations à des peines afflictives ou infamantes, dans le nouvel art. 231, tandis que le contenu de l'ancien art. 231 passe avec de profondes modifications dans le nouvel art. 232 (1). Enfin, dans l'art. 233, vide de contenu depuis son abrogation par la loi du 27 juillet 1884, il introduit une disposition nouvelle, en prohibant de façon absolue le divorce durant les trois premières années du mariage (2).

---

(1) Ancien art. 231 : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. »

(2) Cette disposition vise à retarder le divorce. Son étude sera faite dans le chapitre II.

Le changement de numéro n'est pas sans importance. Le législateur a rapproché, dans les textes, la condamnation à une peine afflictive et infamante de l'adultère. Par là, il semble confirmer de manière implicite, la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre les causes péremptoires et les causes facultatives du divorce (1).

Les causes péremptoires sont les causes pour lesquelles le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation ; si on établit que la cause du divorce existe, le juge doit prononcer le divorce. Au contraire, pour les causes facultatives, le juge reste libre d'apprécier si le fait allégué fournit ou non un motif suffisant pour entraîner la dissolution du mariage .

§ II

Les causes péremptoires du divorce

Dans le texte de la loi actuelle, les causes péremptoires du divorce sont groupées. Elles restent identiques à celles de la loi de 1884. Ce sont l'adultère ou la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Ce groupe, il est assez curieux de le constater, n'a pas été doté d'un régime juridique autonome et homogène .On verra plus loin que pour retarder le divorce, la loi actuelle permet au juge d'ajourner la citation des parties et de surseoir à

(1) Cette distinction a été critiquée par certains auteurs : cf. RODIÈRE, *La notion de cause péremptoire en matière de divorce,* Semaine juridique 1937, Doctr. p. 12, et note CARBONNIER au D. P. 1938-2-55.

statuer pendant un certain délai. On aurait pu penser que les causes péremptoires seraient toujours soustraites à l'application de ces mesures dilatoires. Le législateur a jugé différemment. L'adultère n'y fait jamais obstacle. Quant à la condamnation criminelle, elle empêche toujours l'application du sursis à statuer, mais pas celle de l'ajournement. Finalement, la seule particularité à retenir pourrait bien être celle que suggère le nouvel art. 232 : « La cause péremptoire permet de prononcer le divorce sans que le demandeur soit tenu de prouver distinctement que les faits allégués par lui (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante) constituent une violation grave ou renouvelée des obligations conjugales et rendent intolérable le maintien de la vie commune. La loi présume que des faits de ce genre représentent toujours en soi de graves fautes conjugales, ne laissant plus la possibilité d'une vie commune normale, sauf à l'époux défendeur à écarter la présomption en établissant une circonstance exceptionnelle qui, en l'espèce, aurait pour conséquence sinon d'abolir la gravité de la faute, du moins de rendre tolérable la continuation du ménage : connivence dans l'adultère, réciprocité des condamnations criminelles, où l'on voyait déjà traditionnellement des fins de non-recevoir opposables aux causes péremptoires. En somme, c'est à un simple renversement du fardeau de la preuve que se réduirait la différence entre les deux groupes de causes que la nouvelle rédaction des art. 229 à 232 fait ressortir » (1).

---

(1) CARBONNIER. Comm. cité, p. 62.

Il n'est pas impossible (peut-être serait-il souhaitable) qu'un retour de la jurisprudence sur la notion de cause péremptoire l'amène à la reviser, en rendant aux juges toute latitude d'apprécier si l'adultère, la condamnation criminelle rendent vraiment le maintien de la vie conjugale impossible.

§ III

Les causes facultatives du divorce

Si les dispositions concernant le divorce pour causes dites péremptoires ont été maintenues sans changement, le texte concernant les autres cas dans lesquels les juges garderont un pouvoir d'appréciation a été modifié.

I — En faisant du divorce une sanction, les rédacteurs de la loi de 1884 espéraient que ces cas deviendraient rares. Au contraire, ils se sont multipliés. Les excès, sévices ou injures graves, que prévoyait l'ancien art. 231, constituaient la cause du divorce la plus fréquemment invoquée et celle qui donnait lieu à tous les abus. La jurisprudence, la pratique, le législateur (1) n'avaient pas respecté la volonté des rédacteurs. En particulier, la jurisprudence avait interprété trop largement la notion d'injure grave qui était devenue « une sorte de passe-partout permettant d'accueillir toute espèce de griefs et même de véritables comédies

(1) *Supra*, p. 31 et suiv.

judiciaires » (1). Le but poursuivi par les rédacteurs du nouveau texte est d'éviter tous ces abus qui s'étaient fait jour dans la jurisprudence.

Ils auraient pu songer à rayer l'injure grave de la liste des causes de dissolution du mariage. Ils ont préféré en restreindre la notion en rendant au divorce le caractère de sanction qu'en pratique il avait perdu. C'est pourquoi ils ont d'abord précisé dans le nouvel art. 232 « qu'en dehors des cas prévus aux articles 229, 230 et 231, les juges *ne peuvent prononcer* le divorce que pour excès, sévices ou injures de l'un envers l'autre.

L'ancien texte disait que les époux pouvaient demander le divorce. Le nouveau texte, en parlant du pouvoir du juge de le prononcer à la demande de l'un des époux, accentue sur ce point, l'opposition entre les causes péremptoires et les causes facultatives.

Ensuite, et c'est là un des points essentiels de la réforme, le législateur ne permet aux juges de prononcer la dissolution du lien conjugal que si les faits d'excès, sévices ou injures graves qui ont été commis, satisfont à une double condition. Ils doivent constituer une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendre intolérable le maintien de la vie conjugale.

Avant de porter un jugement sur l'efficacité de cette réforme, il convient d'examiner les questions que soulève sa mise en œuvre.

---

(1) A. Rouast. *La famille dans la nation*, p. 37, coll. Bibli. du Peuple.

II. — Il faut en premier lieu, que les excès, sévices ou injures dont se plaint le conjoint demandeur, constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage.

Ces devoirs et obligations, quels sont-ils ? Ils ne se limitent certainement pas à ceux que mentionnent les chapitres V et VI du mariage. On peut citer à titre d'exemple : la cohabitation, la fidélité, l'assistance, l'entretien du ménage, le respect par chaque conjoint de la personne, de la santé, de la réputation, des convictions religieuses de l'autre...

On doit remarquer que, déjà, la jurisprudence ne prenait en considération les excès, sévices, injures, qu'en tant qu'ils constituaient un manquement aux obligations conjugales, mais elle n'exigeait pas une intention malveillante. Elle considérait, par exemple, le fait d'avoir encouru une condamnation correctionnelle comme cause de divorce. Par sa rédaction, le nouveau texte implique l'idée de violation consciente, volontaire, des devoirs du mariage, autrement dit d'une faute qui demande nécessairement une sanction.

La formule du nouvel article 232 condamne aussi la jurisprudence qui considérait comme une injure grave la dissimulation de faits antérieurs au mariage (1). Déjà, d'ailleurs, certains tribunaux (2) décidaient que « le silence gardé par la défenderesse sur les prétendues fautes... ne saurait constituer une injure grave dans le sens de l'art. 231 du Code Civil...

---

(1) Tr. Civ. Lyon 4 août 1891,0 P. 1892-2-119, Lyon 2 janvier 1939,5 1939-2-119, Reg. 25 janvier 1922,0 P. 1924-1-7.

(2) Tr. Civ. Gannat 3 avril 1933,5 1935-2-164, avec les observations de M. LAGARDE, Rev. Trim. droit civil 1933, p. 857.

que c'est la violation des devoirs que le mariage impose qui, seule, justifie la rupture du lien conjugal... ces devoirs commencent seulement lorsque, par sa célébration, le mariage est devenu un fait accompli. On ne peut dire que celui qui n'est pas marié a violé des engagements qu'il n'a pas encore pris ».

Le nouvel art. 232 a repris les termes du jugement. En présence de ces termes formels, on est en droit de se demander s'il est encore possible de relever comme injurieux des faits antérieurs au mariage. « N'y aurait-il pas, dans cette manière de faire, un élargissement excessif de l'art. 232. Il semble qu'on ne devra tenir compte de la dissimultion de ces faits que si leurs effets doivent se perpétuer, pour constituer après le mariage la violation des devoirs conjugaux.

Encore doit-il s'agir, précise la formule de l'art. 232, d'un manquement grave ou renouvelé. Un seul fait injurieux suffit dès lors qu'il viole gravement les devoir nés du mariage. En revanche, fait observer M. Vizioz : « le tribunal ne devra pas s'arrêter, du moins en règle, à une offense légère, notamment à une offense verbale, à un geste excessif qui traduit une impulsion passagère, une soudaine poussée de colère, ou qui est provoqué par l'attitude, par la conduite de l'autre époux » (1). La majorité des jugements avaient déjà adopté sur ce point des solutions que la loi nouvelle semble bien confirmer.

Mais la répétition de ces offenses, même légères, leur donnera le caractère de gravité qui peut motiver

---

(1) Vizioz. *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps*. Paris 1941, p. 13.

le divorce. Avec juste raison, du reste. Ainsi qu'on l'a très justement remarqué : « une guerre persistante, à coups d'épingles brise plus sûrement la paix et l'harmonie du ménage qu'une grosse querelle sans lendemain » (1). De même, le refus d'accomplir les obligations conjugales deviendra, s'il est persistant, la violation grave exigée par la loi.

III. — Il ne suffit pas que les faits invoqués constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs matrimoniaux ; il faut, en outre, qu'ils rendent intolérable le maintien de la vie conjugale.

Le juge ne prononcera donc le divorce, malgré les torts d'un conjoint, que si le maintien de la vie commune ne peut plus être humainement, raisonnablement imposé. Devra-t-il rechercher si la vie commune est insupportable aux deux époux ou à l'un d'eux seulement. Il ne saurait être question de refuser le divorce sous prétexte que l'époux coupable supporte bien la situation. Au contraire, si l'époux demandeur prétend ne plus pouvoir la supporter, parce qu'elle lui impose réellement trop de souffrances, on ne voit pas pourquoi le juge ne prononcerait pas le divorce. Mais il devra être très exigeant. Une telle interprétation se dégage des mots employés par le législateur. Il a pris le mot le plus fort : il n'a pas dit difficilement supportable, ou même insupportable, mais « intolérable », donnant ainsi une très nette directive aux juges. Malgré tout, ceux-ci restent libres. On peut toutefois se demander, dans quelles circonstances, ils devront considérer comme remplie

(1) Cf. la note 1, p. 56.

la condition exigée. M. Carbonnier, dans son étude très fouillée de la loi du 2 avril 1941, répond à cette question en analysant la notion de communauté de vie entre époux. « On y discerne, dit-il, plusieurs cercles concentriques, cohabitation au sens purement physiologique, habitation au même foyer, communauté de vie mondaine, intellectuelle, spirituelle, affective. Sera-t-il nécessaire que la communauté de vie soit rendue impossible sous tous ces aspects ? Suffira-t-il qu'un seul de ces aspects soit rendu impossible ? La première solution reviendrait à exiger l'impossibilité absolue de la vie commune ; la seconde aboutirait à un élargissement périlleux de la cause du divorce. Il paraît plus rationnel de considérer comme une condition toujours nécessaire que la communauté de vie matérielle soit devenue intolérable, l'existence au même foyer, avec le contact quotidien qu'elle engendre, le ménage commun, la cohabitation au sens du mot de l'art. 213, élément essentiel du mariage. A identifier ainsi la communauté de vie avec la communauté du ménage, il y a un avantage tangible : c'est de faire pénétrer la considération des enfants dans l'art. 232, d'où elle serait, sans cela, littéralement absente. Les enfants mineurs à élever font, en effet, partie du ménage, et c'est compte tenu de leur présence que la vie commune doit être devenue intolérable. La conséquence est que la continuation du mariage pourra être imposée, comme un sacrifice, à l'époux demandeur, dans des hypothèses exceptionnelles où l'injure commise, impardonnable en soi, aura rendu insupportable toute communauté de vie affective entre les époux, sans pourtant empêcher une

cohabitation purement matérielle, vidée de son contenu sentimental... En bref, une simple incompatibilité psychologique ne doit pas être confondue avec les souffrances de la cohabitation. Le divorce est seulement permis pour des situations qui n'ont d'autre remède spécifique que la séparation des habitations, l'éloignement matériel, spatial des époux » (1).

Pour prononcer le divorce, le juge devra donc être persuadé que la vie commune est intolérable. Cette formule pourrait faire croire que le législateur abandonne la conception du divorce-sanction pour adopter celle du divorce-remède. Il n'en est rien. Le législateur exige un lien de causalité entre les faits d'excès, de sévices ou d'injures et l'état de vie commune intolérable ; ce sont donc les fautes commises par l'un des conjoints qui doivent avoir rendu intolérable, la vie commune. Le divorce ne peut être prononcé que dans ce cas. Des fautes graves ou répétées n'empêchant pas le maintien de la vie conjugale sont inopérantes. De même si la vie commune a été rendue intolérable non par les fautes graves de l'un des époux, mais par exemple, par une maladie ou une débâcle financière, l'autre époux ne peut obtenir le divorce.

La dissolution du mariage ne saurait donc être prononcée qu'en raison de certaines fautes graves commises par l'un des époux. Tout au plus peut-on soutenir avec M. Vizioz (2), que « si le législateur

---

(1) Carbonnier. Comm. cit., p. 65.

(2) Vizioz. Ouvr. cité nº 11.

s'est inspiré des deux conceptions..., c'est en les complétant l'une par l'autre, afin de réduire les conditions d'admissibilité du divorce ».

IV. — Une dernière question se pose à propos de la mise en œuvre du nouvel art. 232. La réponse permettra d'apprécier l'efficacité de la réforme qu'il réalise.

Les juges du fond ont-ils un pouvoir souverain pour apprécier la gravité des excès, sévices ou injures d'une part, le fait d'une vie commune intolérable, d'autre part ?

La Cour de Cassation, avant 1941, n'avait pas voulu intervenir pour décider si les griefs allégués constituaient ou non des excès, sévices ou injures graves. Une longue suite d'arrêts affirmait, en cette matière, le pouvoir souverain des juges du fait (1).

Cette absence de contrôle de la Cour a permis le développement de la notion d'injure grave. Elle est ainsi une des causes de la multiplication des divorces. De plus, elle est critiquable juridiquement. En effet, si la gravité des faits doit être appréciée souverainement par les juges du fond, il est inadmissible qu'ils aient pleins pouvoirs pour dire si ces faits sont des excès, sévices ou injures.

Il semble que, avec la loi nouvelle, la Cour de Cassation interviendra pour vérifier si les faits constatés peuvent être qualifiés ou non d'excès, sévices ou injures, constituent réellement « une violation

---

(1) Vizioz. Ouvr. cité, n° 13, Req. 4 juillet 1935, Gaz. Pal. 35-2-623.

grave ou renouvelée des devoirs ou obligations résultant du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie conjugale ». La nouvelle formule oblige la Cour Suprême à reprendre le contrôle de la qualification. Ce faisant, elle remplira son devoir et contribuera à l'efficacité de la nouvelle loi.

V. — Il est difficile d'apprécier actuellement quelle sera l'efficacité des modifications apportées au régime des causes du divorce, par la loi. Elle dépendra de l'application qui en sera faite par les tribunaux. Toutefois les termes du nouvel art. 232 permettent de prévoir, sans faire preuve d'optimisme excessif, un revirement de la tendance jurisprudentielle, une réaction contre l'extension des causes du divorce. En tous cas, si certains tribunaux ne se montrent pas assez fermes dans le prononcé des divorces, il faut espérer que la Cour Suprême exercera son contrôle et les amènera à réformer leurs décisions.

Finalement, la réforme de l'art. 232 peut et doit contribuer dans une large mesure, au succès de la loi du 2 avril 1941 ,en amenant les tribunaux à se montrer plus rigoureux pour admettre le divorce et à examiner plus sérieusement chaque affaire (1).

Il est malgré tout à regretter que les auteurs de la loi n'aient pas été plus hardis, et n'aient pas supprimé

---

(1) Les décisions récentes ne semblent pas attacher beaucoup d'importance à la nouvelle rédaction de l'art. 232. Spécialement, elles ne recherchent pas si les deux conditions prévues par cet article sont remplies. Voir Montpellier, 3e Cham., 6 mai 1941, J. C. P., 41-2-1663; T. C. Havre, 20 mai 1941, G. P. 42-1-89, et autres décisions citées par Breton, J. C. P., 42.

totalement le divorce pour cause d'injure grave, sauf à laisser subsister la séparation de corps pour sanction de ce grief : « Il eut été prudent de verrouiller une porte par laquelle tant d'abus se sont glissés, au lieu de la laisser entrebaillée » (1).

Section II

Action sur les effets du divorce, tendant à accentuer le caractère de sanction

Le législateur a estimé que les réformes qu'il apportait au régime des causes de divorce ne suffiraient pas à réduire de manière appréciable sa diffusion. C'est pourquoi il s'est efforcé de renforcer davantage le caractère de sanction du divorce. Dans ce but, il a agi sur ses effets.

I. — La dissolution du mariage produit des effets qui sont communs aux deux époux, et des effets spéciaux qui n'atteignent que celui contre lequel le divorce a été prononcé. Déjà l'ancienne législation, en imposant des effets spéciaux, s'inspirait de la conception du divorce-sanction. Des déchéances atteignaient l'époux coupable dans ses droits de famille et surtout dans ses droits matrimoniaux. Il perdait tous les avantages pécuniaires consentis par l'autre conjoint et pouvait être tenu de servir une pension alimentaire à son ancien conjoint. L'art. 3 de la loi nouvelle, sans toucher aux effets prévus par le code civil, accentue l'idée du

(1) Rouast. Op. cit., p. 37.

divorce-sanction. Il est ainsi rédigé : « Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce les dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage ».

Cet article confirme et même dépasse la jurisprudence antérieure. Il est nécessaire de se référer à cette jurisprudence pour comprendre le sens et apprécier la portée de la loi nouvelle.

En vertu de l'ancien art. 301 du code civil, l'époux contre lequel le divorce était prononcé pouvait être condamné à verser une pension alimentaire à son ancien conjoint. Cette sanction avait été réglementée en détail par le législateur : la pension devait être allouée sous forme de rente et ne pas dépasser le tiers des revenus de l'époux coupable. En outre, pour y avoir droit, le conjoint innocent devait être dans le besoin.

La jurisprudence reconnaissait un caractère mixte à cette pension; elle la considérait comme une indemnité, mais une indemnité à caractère alimentaire. Cependant elle affirma rapidement qu'elle n'excluait pas la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts indépendants de la pension mise à la charge de l'époux coupable. De façon manifeste, cette jurisprudence tournait les dispositions de la loi qui, en réglementant le détail de la pension, avait réglé une fois pour toutes la question des dommages-intérêts.

Tout en comprenant la difficulté, les tribunaux, parce qu'ils trouvaient insuffisant, dans bien des cas, le montant de la pension, accordaient quand même des dommages-intérêts. La pension, affirmaient-il, ne

répare que le dommage résultant de la disparition du devoir de secours. Lorsque l'époux invoque un préjudice distinct de celui-là, il peut demander, outre la pension, des dommages-intérêts fondés sur le droit commun de l'art. 1382. Des divergences subsistaient entre les tribunaux et plus spécialement entre les juridictions du fond et la Cour de Cassation.

Tandis que les juridictions de fond, ainsi que le fait observer M. Carbonnier (1), « admettaient que la dissolution même du mariage pouvait être la source directe d'un dommage matériel ou moral en dehors de la disparition du devoir de secours (2), la Cour de Cassation, dont les formules étaient peut-être d'ailleurs en voie d'évolution, semblait considérer qu'un préjudice ne pouvait être réparé par des dommages-intérêts complémentaires de la pension de l'art. 301 qu'à la condition d'avoir son origine dans des faits distincts de la rupture même du lien matrimonial, par exemple, soit dans des fautes conjugales (sévices, injures) invoquées comme causes de divorce (3), soit dans les agissements injurieux ou dolosifs commis au cours de l'instance (4). Il y avait donc pour le moins quelques hésitations dans la jurisprudence ».

---

(1) Carbonnier. Com. cit., p. 81.

(2) Tr. civ. du Rhône, 21 déc. 1926, O. P. 1928-2-12; Alençon, 19 avril 1932, D. H. 1932-342; Seine, 15 mars 1934, D. H. 1934-294.

(3) Civ. 21 juin 1927, D. P. 1928-1-5; 29 mars 1938, D. H. 1938-355.

(4) Req. 27 juillet 1931, D. H. 1931-507; 7 février 1940, D. H. 1940-99.

II. — La loi nouvelle entend y mettre fin. Elle décide expressément que, outre la pension alimentaire du premier alinéa de l'art. 301, qui conserve ses anciens caractères, les tribunaux peuvent accorder à l'époux innocent des dommages-intérêts pour tout préjudice moral ou matériel, sans distinction, résultant de la dissolution du mariage. Pension et dommages-intérêts sont deux choses différentes et même indépendantes, tout au moins en principe. En fait on peut prévoir que, dans leur évaluation des dommages-intérêts, les tribunaux tiendront compte de l'existence d'une pension ou de son absence. La loi nouvelle a aggravé la responsabilité du conjoint fautif. A cette responsabilité vont s'appliquer, semble-t-il, les principes généraux dégagés de l'art 1382 par la jurisprudence. A l'appui de l'action en dommages-intérêts formée en vertu de l'art. 301, alinéa 2, le demandeur doit établir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice. Cette preuve lui sera grandement facilitée, et « sera, à beaucoup d'égards, pratiquement faite par les résultats déjà nécessairement acquis sur l'action en divorce. Mais en droit, il n'y a là aucune dispense de preuve, aucune présomption légale de responsabilité » (1).

III. — L'existence de la faute est établie d'avance, puisque le divorce ne peut être prononcé sans qu'ait été commise une faute. Celui qui a obtenu le divorce en a donc établi la réalité.

---

(1) Carbonnier. Comm. cit., p. 82.

A-t-il subi un préjudice ? Il n'est pas utile de dire que le préjudice est présumé dès le prononcé du divorce, puisque son montant devra, en toute hypothèse, être fixé par le demandeur. Les juges n'ont plus à distinguer parmi les préjudices causés par la dissolution du mariage, entre celui résultant de la cessation de l'obligation de secours et les autres. Ils pourront, dit l'alinéa 2 de l'art. 301, allouer des dommages-intérêts à la fois pour les préjudices moral et matériel, causés par la dissolution du mariage. Que faut-il entendre par là ?

Il est difficile d'établir un préjudice matériel distinct de celui qui résulte de la cessation du devoir de secours. Ce serait d'ailleurs inutile aujourd'hui... En somme, tous les dommages se ramènent à ce fait : le mariage n'existe plus. Les dommages-intérêts se superposent à la pension alimentaire, de manière à réparer l'intégralité du préjudice causé par la dissolution du lien matrimonial. Les juges ont donc grande liberté pour évaluer ce préjudice matériel.

Si les dommages matériels se ramènent presque tous, sinon tous, à la cessation de l'obligation de secours, par contre on peut trouver une foule de dommages indépendants de cette cessation dans le domaine du préjudice moral. L'époux innocent peut invoquer le préjudice que lui a causé soit le scandale du procès, soit les faits qui ont motivé sa demande et d'une manière plus générale sa situation de conjoint divorcé. En France, en effet, souligne M. Carbonnier : « une réprobation qui est d'origine religieuse, mais qui se retrouve chez les moins croyants, entoure les époux divorcés. » L'évaluation pécuniaire de ce préjudice moral est à peu près impossible. Elle sera laissée à l'appréciation du

juge qui tendra compte de la gravité de la faute commise et des ressources du coupable.

Mais ces dommages-intérêts ne seront accordés que lorsque sera établie la relation de cause à effet entre le préjudice et la faute. La conception du divorce-sanction ayant été adoptée par le législateur français, la relation se trouve donc présumée dès la prononciation du divorce ; ce qui ne veut pas dire que le divorce entraîne par lui-même la condamnation à des dommages-intérêts. Pour les refuser ou les diminuer, les juges peuvent se prévaloir de l'attitude peu conciliante de l'époux qui a obtenu le divorce ou de l'abus du droit de divorcer.

IV. — Ces conditions remplies, le conjoint innocent peut obtenir les dommages-intérêts. De quelle manière peut-il les réclamer ? Ils peuvent être demandés en même temps que le divorce et la pension alimentaire. C'est la règle normale, mais rien n'empêche d'introduire ultérieurement l'action en réparation devant le tribunal compétent. Une fois le divorce prononcé, l'action est transmissible aux héritiers des époux, soit passivement, soit activement. Toutefois, en application des règles de droit commun, si l'action n'a pas été intentée par l'époux innocent, les héritiers ne peuvent le faire que pour obtenir la réparation du préjudice matériel et non celle du préjudice moral.

Le nouvel art. 301 qui prévoit ces diverses sanctions n'envisage que le cas du divorce prononcé au profit de l'un des deux époux. Mais, devra-t-on appliquer ce même article si le divorce est prononcé aux torts et griefs des deux conjoints ?

La même question s'est posée à propos de la pension alimentaire allouée par l'alinéa I de l'art. 301 ; l'opinion dominante admet que le droit à la pension disparaît alors des deux côtés (1). Il semble plus logique de soutenir, avec d'autres auteurs, le droit à une pension réduite du conjoint dont les torts sont moindres (2).

Quoiqu'il en soit, les règles applicables aux dommages-intérêts sont distinctes. Il semble qu'il faille se reporter aux règles générales du partage des responsabilités. La plupart des juristes admettent cette solution (3). Après avoir constaté que des fautes commises de part et d'autre l'ont amené à prononcer le divorce aux torts et griefs réciproques de chacun des époux, le juge devra leur faire supporter une responsabilité partielle, qui sera proportionnée à la gravité des fautes commises.

La concurrence des fautes, affirme M. Josserand, « détermine non seulement un déplacement de la responsabilité, mais encore sa modération » (4).

V. — De quelle manière ces dommages-intérêts seront-ils alloués ?

---

(1) Req. 22 février 1922, D. P. 1922-1-62.; Cass. Civ. 16 mai 1933, S. 34-1-379; JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 1144; Contra : ESMEIN, note Rec. Sirey 1934-1-379.

(2) PLANIOL et RIPERT. *Traité pratique*, t. 2, n° 541; DABIN. *Le système de la pension alimentaire après divorce*, Rev. trimest. droit civil, 1939, p. 906, note 1.

(3) H. et L. MAZEAUD. *Traité de la responsabilité civile*. T. II, n° 1513; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, T. II, n°s 483 et suiv.

4) JOSSERAND. Op. cit., n° 450.

Ils pourront l'être sous la forme d'un capital ou ce qui sera exceptionnel, d'une rente qui ne se confondra pas avec celle de l'art. 301, alinéa I. Reposant sur l'art. 1382, leur évaluation ne dépendra ni des ressources de l'époux créancier, ni des besoins du conjoint débiteur. L'indemnité sera susceptible de renonciation, de transaction, mais ne sera pas sujette à révision. Le défaut de paiement ne constituera pas le délit d'abandon de famille.

VI. — L'indemnité sera, entre les mains du juge, une arme extrêmement puissante pour frapper l'époux coupable et entre celles du législateur un moyen efficace d'atteindre son but. Il a trouvé un excellent frein au divorce en développant les sanctions pécuniaires contre le conjoint coupable. « La crainte d'avoir à supporter le montant de lourds dommages-intérêts est certainement de nature à lui inspirer de sages réflexions », note très justement le Président Charrier (1). C'est aussi le meilleur moyen d'enlever à l'un des époux l'envie de laisser, sans se défendre, prononcer le divorce contre lui.

Sans faire preuve d'un pessimisme excessif, on peut se demander si cette arme n'est pas à double tranchant. Certains époux ne songent-ils pas à demander le divorce, dans l'espoir de terminer une vie sans attraits et surtout d'obtenir des dommages-intérêts élevés.

Quoiqu'il arrive, le moyen est ingénieux. Malheureusement il n'aura pas d'effet lorsque les deux époux

---

(1) Pierre CHARRIER. *Le divorce et la séparation de corps*, p. 26. Imprimerie du Palais.

seront d'accord pour divorcer. Dans ce cas, évidemment, aucune demande de dommages-intérêts ne sera faite. L'ex-art. 305 du code Napoléon subordonnait le divorce par consentement mutuel à la dévolution immédiate de la propriété de la moitié des biens des époux à leurs enfants. Une telle mesure aurait complété utilement le système de l'art. 301. Il y aurait là quelque chose de nature à faire réfléchir les époux et à les faire hésiter à demander le divorce lorsqu'ils sont d'accord. En outre, cette innovation rendrait vaines les craintes que l'appât des dommages-intérêts ne fût finalement un encouragement aux actions en divorce.

D'autres auteurs vont même plus loin et envisagent, non sans motifs, la possibilité de frapper l'époux coupable d'une sanction pénale, comme un moyen radical de diminuer le nombre des divorces; ou tout au moins des divorces d'accord. Cette réforme a même fait l'objet d'une motion de la part du Conseil Supérieur de la natalité, dans sa session de 1924. Le législateur de 1941 n'a pas adopté ces mesures qui n'entraient pas, souligne pertinemment M. Carbonnier, dans le cadre modéré de la loi.

Il n'a pas voulu de réformes brutales. Il s'est contenté d'assembler un grand nombre de moyens susceptibles d'endiguer le flot des divorces. Le développement des sanctions pécuniaires n'est que l'un de ceux qu'il a mis en jeu pour renforcer l'idée de divorce-sanction. Les rédacteurs de la loi en ajoutent un autre lorsqu'ils apportent des réformes aux règles de la conversion de la séparation de corps en divorce.

Section III

Action sur la conversion de la séparation de corps en divorce tendant à renforcer le caractère de sanction

Dans la conception du divorce-sanction, seul l'époux innocent peut demander la dissolution du mariage. Le coupable ne peut se prévaloir d'une faute qu'il a commise.

La loi du 6 juin 1908, qui avait modifié sur ce point la loi de 1884, permettait à l'époux fautif d'obtenir le divorce, lorsque la séparation de corps avait été prononcée. Seul, était exigé un délai de trois ans, ramené à un an pour la durée de la guerre, par un décret-loi du 29 novembre 1939.

Le législateur actuel, qui s'efforce de donner au divorce le caractère d'une peine, a rendu la conversion moins aisée, afin de resserrer cette issue ouverte à l'époux coupable vers le divorce. La réforme est contenue dans l'art. 310, alinéa 1, ainsi rédigé : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce à la demande de l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée, et pourra l'être à la demande de l'époux contre lequel celle-ci est intervenue ».

Ce nouveau texte apporte trois modifications au régime de la conversion.

Elle n'est pas toujours obligatoire pour le juge, à l'expiration du délai de conversion. Ce délai est ramené à trois ans. L'acquiescement au jugement de conversion est interdit dans certains cas.

§ I

Caractère facultatif de la conversion

I. — La loi a tout d'abord abrogé le décret de 1939 qui réduisait à un an, pour la durée de la guerre, le délai de conversion, lequel se trouve donc reporté à trois ans. Il court du jour où le jugement est devenu définitif, c'est-à-dire irrévocable. Quand la séparation a duré trois ans, on peut présumer, sans grand risque d'erreur, qu'il n'y aura pas de réconciliation entre les deux époux. Si celui qui avait obtenu la séparation de corps demande la conversion, il est logique de lui rendre sa liberté.

II. — Avant la loi de 1941, la conversion pouvait être obtenue à la demande de l'un quelconque des époux. Le résultat était choquant. Il faut bien remarqeur, en effet, que la situation des deux époux n'est pas la même. Celui qui a obtenu la séparation de corps aurait pu demander tout aussi bien le divorce. Il a préféré ne demander que la séparation, peut-être dans l'espérance d'une réconciliation ou parce qu'il ne voulait pas du divorce pour des raisons religieuses. Si, plus tard, il intente une action en divorce, il est normal que la dissolution soit prononcée. Mais la situation est bien différente si la conversion est demandée par l'époux coupable. Il ne pouvait obtenir directement le divorce, pourquoi le lui accorderait-on automatiquement après l'expiration du délai légal, sans qu'il puisse faire valoir de griefs sérieux contre son conjoint. Cependant, la conversion avait été rendue obligatoire pour le tribunal, dans tous les cas, par la loi du 6 juin 1908. La

conception du divorce-sanction recevait ainsi une grave entorse. La loi de 1941 l'atténue, en décidant que désormais, la conversion est facultative pour le tribunal lorsqu'elle est demandée par l'époux coupable; c'est seulement dans le cas contraire, qu'elle reste obligatoire au profit de l'époux innocent. Les tribunaux exerceront donc assez souvent leur pouvoir d'appréciation. De manière plus précise, ils le feront toutes les fois que la demande de conversion sera formée par l'un des époux qui a obtenu un jugement de séparation de corps aux torts et griefs réciproques ou par l'époux contre lequel la séparation a été originairement prononcée.

III. — Sur quels éléments se fondera l'appréciation des juges ?

Certaines considérations sont à éliminer. Il va de soi qu'on ne tiendra pas compte de la seule commodité de l'époux coupable, de ses seuls intérêts, ni des fautes graves commises par lui depuis le prononcé de la séparation et qu'il invoquerait comme rendant intolérable le maintien de la vie conjugale.

Mais on ne tiendra pas non plus compte seulement de l'intérêt de l'époux innocent. La solution serait sans doute assez juste, mais excessive.

Ce pouvoir d'appréciation des juges n'est pas chose toute nouvelle. Avant la loi de 1908 et sous l'empire de la loi de 1884, la conversion était facultative, dans tous les cas. Une jurisprudence s'était formée peu à peu ; elle pourra servir (en tenant compte des changements apportés) de guide à l'interprète actuel. Ainsi, certains tribunaux ne prononçaient le divorce que si la réconciliation apparaissait impos-

sible (1). Ce critère avait l'inconvénient d'encourager la mauvaise conduite de l'époux coupable qui désirait le divorce.

D'autres repoussaient la demande de conversion de peur de nuire aux intérêts des enfants communs ou de l'époux innocent (2).

Ces divers éléments sont à retenir. Pour accepter ou rejeter la demande, le juge devra s'inspirer de la situation du ménage, de l'intérêt des enfants, du conjoint qui a obtenu la séparation. Il devra, en outre, examiner avec attention la conduite du demandeur depuis le prononcé de la séparation. Si elle a été trop indigne, il pourra, comme le faisaient déjà quelques tribunaux (3) refuser d'accorder la conversion. Quoiqu'il en soit, les juges ont en mains un instrument capable de freiner de façon efficace la multiplication des divorces.

IV. — On ne peut douter qu'ils s'en serviront dans une volonté de redressement. Cependant, il faut avouer, que l'expérience de conversion facultative, entre 1884 et 1908, n'est pas des plus encourageante. La conversion était devenue une simple formalité : à peine cinq pour cent des demandes furent rejetées.

---

(1) Douai, 21 janvier 1890, sous Req. 27 janvier 1891, D. P. 91-1-461 ; Dijon, 3 juillet 1895, D. P. 92-2-287 ; Paris, 17 juin 1896, D. P. 96-2-408.

(2) Req. 3 mai 1886, D. P. 86-1-355 ; Req. 21 avril 1896, D. P. 96-1-651.

(3) Paris, 24 janvier 1896, D. P. 95-2-480 ; Rennes, 30 octobre 1893 D. P. 1894-2-149. En ce sens, aujourd'hui, Chartres, 25 février 1942, Gaz. Palais, 8 mai 1942.

Mais aujourd'hui le climat n'est plus le même : il est défavorable au divorce. Aussi, peut-on espérer que les conversions seront moins largement accordées.

Quelques décisions récentes confirment cette impression. Dans un jugement du 13 janvier 1942 (1) le tribunal de Lyon relève qu'il est impossible pour faire droit à la demande en conversion d'un mari contre lequel la séparation a été prononcée, de tenir compte des avantages qu'il pouvait avoir à contracter une nouvelle union. Il ajoute que les convictions religieuses de la femme, dont le mari avait connaissance au moment du mariage, sont un obstacle à la conversion. Le mari, dit le jugement, « connaissant les convictions de sa femme, a accepté qu'elles fondent leur mariage sur des conventions morales adéquates faisant loi entre les époux ». « Evidemment, souligne M. H. Mazeaud, l'esprit du rédacteur de cette décision est excellent. Seulement, il faut bien reconnaître que l'argument juridique est contestable ».

D'autres jugements accordent de façon plus libérale la conversion. Il appartient aux tribunaux, déclare le tribunal civil de Bordeaux (2) de faire preuve moins de fermeté autoritaire par réaction contre les précédentes faiblesses que de mesures opportunes. Il y a

---

(1) Trib. civ. Lyon, 13 janvier 1942, Gaz. Pal. 42-1-74, et Nantes, 30 avril 1942, Gaz. Pal. 16 juin 1942. En sens contraire, pour les convictions religieuses : Bordeaux (1re Chambre), 15 juillet 1942, Gaz. Pal. 13 octobre 1942.

(2) Bordeaux, 15 juillet 1942, Gaz. Pal. 12-13 octobre 1942. En ce sens : Bordeaux, 11 mars 1942, Gaz. Pal. 8 mai 1942.

donc lieu d'accueillir la demande de conversion formée par l'époux coupable, si les époux, couple sans enfants, désunis, puis séparés depuis sept ans, n'ont jamais tenté de se rapprocher ; de sorte que tout espoir de réunion paraît avoir disparu, alors surtout que le demandeur a fondé un nouveau foyer dans lequel un enfant a pris une place grandissante. Les convictions religieuses de l'époux qui a obtenu la séparation de corps à son profit, infiniment respectables sans doute, ne peuvent cependant, ajoute-t-il, faire obstacle à la conversion ni s'imposer au pouvoir d'appréciation des tribunaux, au point de leur interdire toute liberté de décision. Enfin, il conclut : « le désir de contracter une nouvelle union est, à priori, un motif légitime de conversion. Le tribunal peut cependant écarter ce motif si l'union projetée est immorale ou absurde ».

Un jugement du tribunal de Béthune (1) sans être contradictoire est plus modéré. Il spécifie, que l'époux coupable, demandeur ne peut obtenir la conversion, contre le gré de sa femme au profit de qui la séparation a été prononcée, lorsqu'il ne justifie pas d'un motif légitime. Le motif tiré de l'intention de fonder un nouveau foyer ne peut être retenu comme tel si le demandeur vit en concubinage avec une femme mariée et non divorcée. Toutefois, un attendu laisse entendre que la conversion serait accordée, s'il invoquait l'existence d'un enfant issu de cette union irrégulière.

---

(1) Béthune, 8 juillet 1942, G. P. 12-13 octobre 1942.

On comprend que les tribunaux soient assez embarrassés sur la décision à prendre. En ce domaine, le législateur aurait dû tout simplement interdire à l'époux coupable de demander la conversion. Son but, qui est la diminution du nombre des divorces, n'eut été que mieux atteint.

En général, la jurisprudence actuelle, pour décider s'il y a lieu de prononcer la conversion demandée par l'époux coupable a tendance à rechercher surtout si la vie commune est devenue ou non intolérable (1). Elle est donc assez large.

§ II

Conséquences du caractère facultatif de la conversion

Le caractère facultatif, donné par la nouvelle loi à la conversion, entraîne un certain nombre de conséquences que la loi aurait dû préciser. Elle ne l'a fait que sur un point particulier, celui de l'acquiescement au jugement ou à l'arrêt qui prononce la conversion.

I. — Plusieurs conséquences avaient été dégagées par la jurisprudence antérieure à la loi de 1908. On est en droit de se demander si elles vont revivre avec la loi actuelle, car le pouvoir d'appréciation des juges n'est rétabli que d'une manière unilatérale.

L'une d'entre elles avait trait à la possibilité pour le conjoint assigné en conversion de former une

(1) Trib. Civ., Seine, 10 février 1942, G. P. 3 avril 1942, te Nantes, 1er octobre 1941, G. P. 41-2-395; Paris, 7e Ch., 16 décembre 1942, G. P. 1er-2 mars 1943.

demande reconventionnelle, ayant le même objet. La jurisprudence l'a admis dans tous les cas (1). C'était logique, puisque chaque époux pouvait prétendre à la conversion. Aujourd'hui, il semble qu'on n'admettra la possibilité d'une demande reconventionnelle que dans le cas où le demandeur originaire n'est pas l'époux qui avait obtenu la séparation. Dans ce cas, en effet, la nouvelle demande ne présenterait aucun intérêt, la conversion étant obligatoire.

Il était aussi admis, de façon courante, par la doctrine antérieure à la loi de 1908 que le tribunal, saisi d'une demande de conversion, ne pouvait faire usage du sursis de l'ancien art. 246. La solution doit être maintenue avec la loi de 1941. Trois années se sont passées sans réconciliation : il est inutile de poursuivre l'expérience. Ce serait vraiment faire preuve d'un optimisme excessif.

II. — La plupart des conséquences qu'entraîne le rétablissement du pouvoir d'appréciation des juges n'ont pas été précisées par la loi actuelle. Toutefois, l'une d'elles a fait l'objet d'une disposition spéciale, contenue dans l'art. 249 (2). Désormais, les divorces sur conversion ne pourront faire l'objet d'un acquiescement, c'est-à-dire d'une renonciation au droit

---

(1) Tr. Civ. Orléans, 15 février 1885, D. P. 86-3-94; Pau, 9 août 1886, D. P. 87-2-204.

(2) Art. 249 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps à la demande de l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée. »

d'appel, que si la demande en conversion émane de l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée, autrement dit, que dans le cas de conversion obligatoire. Le texte édicte une prohibition de principe. Par suite, l'acquiescement auquel la jurisprudence assimile le désistement d'appel pour l'application de l'art. 249 (1) est interdit non seulement quand la demande de conversion provient de l'époux coupable, mais aussi chaque fois que la séparation est intervenue aux torts et griefs réciproques des époux. Puisque la loi nouvelle ne conserve le caractère obligatoire de la conversion qu'au profit de l'époux innocent, il est logique de restreindre à cette hypothèse la possibilité de l'acquiescement.

Cette prohibition est une mesure hybride. Elle vise non seulement à défavoriser l'époux coupable, le punir, mais encore et surtout à laisser demeurer jusqu'au bout les chances de faire tomber un jugement prononçant le divorce. Par là, elle tient des mesures qui ont pour but de décourager les époux candidats au divorce, en retardant le plus possible le prononcé du jugement de dissolution du lien matrimonial.

---

(1) Cass. civ., 15 février 1916, D. P. 1916-1-251; 14 mars 1938, D. H. 38-273.

CHAPITRE II

Réformes apportées en vue de retarder le divorce

Les mesures prises par la loi et qui rendent au divorce son caractère de peine, de sanction de fautes graves permettront certainement de diminuer de façon appréciable le nombre des divorces.

Le législateur a pensé que leur action serait encore insuffisante. Aussi s'est-il efforcé d'atteindre son but d'une autre manière.

Ne pouvant empêcher le divorce, il s'efforce d'en rendre l'accès difficile. Il dispose, le long de la route menant à la dissolution du lien matrimonial, des obstacles qui nécessiteront des pauses, des mesures dilatoires qui retarderont la marche du procès. Le temps est un grand guérisseur. Les conflits s'usent au long des jours, perdent leur acuité. La réflexion aidant, les époux sentiront peut-être monter en eux le désir de se réconcilier, de reprendre la vie commune. Tant que durent ces délais, l'irréparable n'est pas accompli.

Tels sont les motifs qui ont inspiré les rédacteurs de la nouvelle loi.

Ils ont, en premier lieu, interdit aux époux de demander le divorce durant les trois premières années du mariage.

Puis, à ce délai fondamental, ils ont ajouté deux délais facultatifs destinés à faire traîner les procès en longueur. Un premier délai de un ou deux ans peut être imposé par le Président du Tribunal, dès le début de l'instance. Un second délai est mis à la disposition du Tribunal qui, avant de statuer au fond, peut reporter sa décision à une date ultérieure. La durée de ce dernier délai est également de deux années au maximum.

Enfin une disposition complémentaire dont le but est aussi de ralentir la procédure, supprime l'obligation d'instruire en appel la cause comme affaire urgente.

Ce sont ces divers procédés dilatoires qu'il faut maintenant étudier.

Section I

Irrecevabilité de la demande, durant les trois premières années du mariage

L'expérience montre qu'un grand nombre de demandes en divorce sont introduites dans les premières années du mariage, pour deux raisons : l'une assez superficielle, l'autre plus profonde, car elle se rattache à la vie même des jeunes ménages.

Tout d'abord, la mode des mariages à l'essai s'est de plus en plus répandue en France, sous l'influence

de la presse, du cinéma. Seules la peur du qu'en-dira-t-on et une morale encore imprégnée de christianisme limitaient sa diffusion. Il n'en reste pas moins que dans certains milieux, le jeune homme épousait la première jeune fille rencontrée, pensant que si elle cessait de lui plaire un jour, il en chercherait une autre. Il ne s'agissait plus, pour les deux jeunes gens, de fonder un foyer stable, mais de tenter une aventure.

Mais la raison véritable de la fréquente séparation des jeunes ménages est plus profonde. Elle provient des difficultés qu'éprouvent les jeunes époux à adapter rapidement leurs caractères dans la nouvelle vie en commun. « La plupart des demandes en divorces introduites au début du mariage sont provoquées, souligne de façon fort pittoresque M. Vizioz, par ce qu'on pourrait appeler le rôdage matrimonial, c'est-à-dire par des heurts de caractère souvent inévitables entre jeunes époux et que parfois parents ou confidents viennent aggraver au lieu de les aplanir. Des concessions mutuelles seraient nécessaires et elles seraient la pulpart du temps consenties si la perspective d'un divorce immédiat ne permettait à chaque conjoint de s'épargner un effort de compréhension et quelques sacrifices d'amour-propre ou d'égoïsme » (1).

I

Les rédacteurs de la loi nouvelle ont voulu réagir contre la mode du mariage à l'essai et surtout facili-

(1) Vizioz. Op. cit., p. 19.

ter aux époux l'adaptation nécessaire aux exigences de la vie en commun. Ils désirent que les jeunes époux prolongent au moins quelque temps leur expérience et ne se découragent pas aux premiers obstacles. Dans ce but, ils ont pris une mesure dont l'efficacité ne saurait, semble-t-il, être contestée : la prohibition absolue du divorce duran les trois premières années du mariage. Cette mesure est contenue dans l'art. 233 du Code Civil, ainsi rédigé : « Aucune demande en divorce ne sera reçue pendant un délai de trois ans à dater du jour de la célébration du mariage ».

Les rédacteurs se sont inspirés, sans aucun doute, d'une loi anglaise du 30 juillet 1937, le « Matrimonial Causes Act ». Cette loi, plus souple que la loi française, rejette en principe toute demande en divorce formée dans les trois premières années qui suivent la célébration du mariage ; mais elle permet au juge de déroger à cette règle dans quelques cas exceptionnels.

On trouve aussi un précédent dans le droit français. L'art. 276 du code Napoléon ne permettait, en effet, le divorce par consentement mutuel qu'après deux ans de mariage.

I. — C'est une prohibition insurmontable et générale qu'édicte le nouvel art. 233. Elle s'impose au juge avec un caractère d'ordre public. L'un des jeunes époux a-t-il commis une faute grave, fut-ce même un adultère, ou s'est-il vu condamner à une peine afflictive et infamante, l'autre n'est pas autorisé à demander le divorce. Solution excessive, inhumaine, disent bien des auteurs qui pensent que le législateur aurait dû s'inspirer davantage du modèle anglais

permettant au juge d'abréger la durée du délai dans les cas où tout espoir de réconciliation apparaît vain.

Le législateur a préféré verrouiller solidement une porte qui risquait fort de s'ouvrir largement, s'il l'avait laissée entrebaillée. Au surplus, le texte ne s'applique qu'au divorce. Il reste aux jeunes mariés la possibilité d'intenter une action en séparation de corps. N'est-il pas normal qu'ils attendent au moins quelque temps avant de tenter une nouvelle expérience ?

II. — Pendant les trois premières années du mariage, la loi frappe donc les conjoints d'une incapacité absolue d'introduire une instance en divorce. On voit l'effet immédiat de cette mesure : réduction massive des divorces. On aperçoit aussi l'effet lointain qu'espère obtenir le législateur. Celui-ci veut protéger les époux contre leur propre impatience. Les débuts d'un ménage sont quelquefois pénibles. Après le temps un peu irréel des fiançailles, les jeunes mariés se trouvent brusquement en face de la réalité, de ses exigences, de ses difficultés, de ses soucis. Ils apportent parfois des façons de penser, de sentir, différentes. La vie en commun exige une compréhension, une bienveillance, une indulgence même, réciproque qui ne viennent que progressivement. La loi est sage qui donne au temps le soin d'apaiser les premiers froissements inévitables, de tisser les mille liens des habitudes, de rapprocher les époux auprès d'un premier berceau. Evidemment, des faits graves peuvent surgir, dès le début, entre les deux conjoints, faits graves, irréparables, même, qui constituent les causes du divorce.

Si la loi inflexible n'autorise pas, à ce moment, l'annulation du mariage, elle donne aux époux la possibilité d'obtenir la séparation de corps. Une fois le délai des trois ans expiré, une action en divorce pourra être intentée, action motivée par ces mêmes faits qui ont déjà donné lieu à la séparation de corps.

II

La mise en œuvre de cette incapacité temporaire pose plusieurs questions auxquelles on doit répondre.

I. — Il s'agit, en premier lieu, de savoir quand commence et se termine le délai.

Son point de départ est le jour de la célébration du mariage dont les époux demandent la dissolution. Le délai va dès lors courir pour expirer trois ans après. Ce n'est qu'à cette époque que la demande en divorce pourra être introduite. Certains auteurs avaient soutenu que l'action pouvait s'engager plus tôt et que seul le jugement ne pouvait intervenir avant l'expiration du délai. Ils appuyaient leur thèse sur le texte même du nouvel art. 233 : « Aucune demande... ne sera reçue » c'est-à-dire admise en jugement, prétendaient-ils. Tous s'accordent aujourd'hui pour reconnaître que c'est la demande même qui est irrecevable. Une décision récente a d'ailleurs confirmé cette opinion. Le Tribunal Civil de Marseille, dans un

(1) Tr. Civ. Marseille, Gaz. Pal. 1941-2-12 ; Breton, J. C. P., 1942-1-298, nos 63 et suiv.

jugement du 2 mai 1941, s'exprime ainsi : « Attendu que la loi du 2 avril 1941... prescrit qu'une demande en divorce (formée avant l'expiration du délai imposé de trois ans) ne sera pas reçue... que cette dernière expression impose par elle-même au juge l'obligation d'examiner la régularité de la demande avant d'avoir à en apprécier le bien-fondé, le participe passé « reçu » correspondant juridiquement au substantif recevabilité, c'est-à-dire aux conditions auxquelles doit répondre une demande pour pouvoir être valablement présentée et examinée...

« Attendu que s'il en était autrement, le délai préfixe voulu par le législateur resterait lettre morte, les époux pouvant introduire leur demande sans délai en escomptant les lenteurs de la procédure. Attendu, d'ailleurs, que le divorce lorsqu'il est prononcé, remonte quant à certains de ses effets, au jour de la demande et que dans cette limite tout au moins, le divorce se trouverait avoir été prononcé avant l'expiration du délai prescrit.

« Attendu que c'est donc au jour de la demande qu'il faut se placer pour apprécier sa recevabilité... »

III. — En second lieu on doit se demander qui peut opposer la prohibition de l'art. 233 et à quel moment. Etant donné le but de la loi qui touche à l'ordre public, il faut décider, semble-t-il, que l'incapacité peut être opposée en tout état de cause, jusqu'à ce que le jugement qui prononce le divorce soit devenu définitif, à la fois par le défendeur, le Président du Tribunal, le juge et le ministère public, ces derniers pour per-

mettre d'éviter la collusion entre époux (1). Certains auteurs contestent toutefois le droit du Président du Tribunal de soulever un tel moyen, lors de la présentation de la requête. Ne va-t-il pas, en effet, outrepasser ses pouvoirs de juge conciliateur en rendant une décision à caractère contentieux ? Sans nier le bien-fondé de ce raisonnement, il est à souhaiter que la jurisprudence admette la compétence du Président du Tribunal. On évitera ainsi d'aggraver sans motifs les dissentiments conjugaux qui se sont déjà fait jour. Une telle solution ne serait pas d'ailleurs sans précédent, puisque la jurisprudence a déjà admis la compétence du Président du Tribunal, pour soulever d'office l'exception d'incompétence territoriale (2).

Pour le calcul du délai, en cas de contestations, les parties pourront faire appel devant la Cour. Tout se réduira à une simple vérification de dates. C'est pourquoi, il semble que les juridictions de fond devront insérer dans leurs décisions une mention de la date de la célébration du mariage, afin de permettre, le cas échéant, à la Cour de Cassation, devant laquelle le

---

(1) En ce sens, Marseille précité; C. Bordeaux, 22 janvier 1942, G. P. 3 mars 1942 : « Attendu que la fin de non-recevoir édictée par l'art. 233 nouveau du Code civil a un caractère d'ordre public, comme la loi du 2 avril 1941 elle-même dont l'objet est la restauration urgente de la famille française dans un intérêt social, qu'elle peut être soulevée, même d'office par le juge, en tout état de cause et spécialement en appel, pour la première fois. »

(2) Req. 10 février 1925, D. P. 1925-1-73, et Civ. 11 janvier 1928, D. P. 1928-1-112, notes de M. Rouast.

moyen peut encore être soulevé, de vérifier si la condition de l'art. 233 se trouve bien réalisée.

Au surplus, la difficulté sera résolue le plus souvent très simplement. L'avoué chargé d'engager la procédure demande toujours à son client de lui remettre son acte de mariage. Il saura, par conséquent, si la condition exigée par la loi est satisfaite. S'il s'aperçoit que les conjoints sont mariés depuis moins de trois ans, il indiquera au client qu'il ne peut introduire utilement l'instance en divorce et qu'il se voit dans l'obligation d'attendre l'expiration du délai pour présenter sa requête.

IV. — Si, par suite d'un concours peu probable d'inadvertances ou de fraudes, l'action se trouve intentée, bien que les époux ne soient pas mariés depuis trois ans, l'incapacité va être soulevée par le défendeur ou d'office par le juge. Les commentateurs de la loi nouvelle se demandent à l'aide de quel moyen de procédure la non-observation du délai de trois ans sera sanctionnée. Sera-ce une fin de non-recevoir ou une exception ?

Certains voient dans la sanction du nouvel art. 233 une exception dilatoire.

L'exception dilatoire a pour but général de faire observer un délai jusqu'à l'expiration duquel l'instance doit être suspendue. Elle ne contredit pas les prétentions de l'adversaire ; elle n'y acquiesce pas non plus. Elle s'attaque à la procédure elle-même, à l'instance et non au droit lui-même.

Un tel moyen paraît convenir parfaitement pour assurer l'observation du délai minimum prévu par la

loi du 2 avril. Cependant, il semble préférable de penser que pour écarter la demande prématurée l'idée d'une fin de non-recevoir est plus satisfaisante (1). L'exception dilatoire n'a pour effet que de retarder l'examen de la demande ; l'instance demeure introduite, elle sera reprise sitôt le délai expiré. Cette conséquence, dans le cas qui occupe, doit être écartée, car le législateur désire que l'introduction même de la procédure soit anéantie. La fin de non-recevoir répond mieux au but du législateur. Sans qu'elle contredise la demande au fond, elle aboutit à l'échec définitif de celle-ci en permettant, dès que l'obstacle à l'action aura cessé, d'introduire une nouvelle demande à laquelle ne pourra être opposée la fin de non-recevoir.

V. — L'opposition de cette fin de non-recevoir aboutit à empêcher la poursuite de l'action et à annuler toute la procédure qui aurait pu se dérouler jusque-là. Le cas échéant, les mesures provisoires tombent.

Les époux sont placés devant le dilemme suivant : se réconcilier, reprendre la vie commune ou demander la séparation de corps. Encore doivent-ils, s'ils se prononcent en faveur de la seconde alternative, engager une nouvelle procédure. Ils ne peuvent sauver la première en demandant la séparation de corps par voie de conclusions subsidiaires.

---

(1) Carbonnier. Comm. cité, p. 68; Le Clec'h, J. C. P., 43-1-305; Contra Vizioz. Comm. cité, p. 61.

Plusieurs jugements et arrêts rendus depuis la promulgation de la nouvelle loi décident que le demandeur ne saurait transformer la demande de divorce en demande en séparation de corps, car cette transformation prévue et autorisée par l'art. 233 du Code Civil est nécessairement subordonnée à la recevabilité de l'action initiale en divorce puisque « si l'action en divorce est interdite, il suit comme corollaire que cette action, qui doit être considérée comme non-avenue, ne peut être transformée par voie de conséquences. X... devra, par une instance distincte faire valoir sa demande en séparation de corps (1).

L'indissolubilité du mariage se trouve, grâce à toutes ces mesures, fortement protégée pendant les trois premières années du mariage.

Certains auteurs, cependant, prétendent que cette mesure sera inefficace, car disent-ils, les époux attendront trois ans et divorceront ensuite. Cette affirmation est contestable. Les époux peuvent se réconcilier pendant le délai : ils ont au moins le temps de réfléchir. Des concessions qui paraissaient impossibles les premiers temps sembleront à la longue bien faciles à consentir. Les caractères s'adapteront peut-être. En tous cas, il est certain que la prohibition édictée par le nouvel art. 233 est de nature à détourner les jeunes gens d'unions conclues à la légère et à les aider à se supporter mutuellement les premières années, puisqu'ils savent qu'ils ne peuvent faire

---

(1) Tr. Thonon, 19 décembre 1941, G. P. 3 mars 1942, avec C. Bordeaux, 22 janvier 1942 ; Idem Tr. Marseille, précité.

autrement. Entre temps, l'arrivée d'un enfant suffira souvent à ramener l'amour et la paix dans le ménage.

La réforme introduite par l'art. 233 doit donc être approuvée pleinement car elle contribuera au succès de la loi d'une façon d'autant plus certaine qu'elle a un caractère impératif. Son application n'a pas été laissée à la discrétion des juges. Il n'en n'est pas de même des autres mesures dilatoires importantes.

Section II

L'ajournement de l'autorisation de citer

L'irrecevabilité de la demande durant les trois premières années du mariage s'oppose à l'ouverture du procès. Une fois ce délai passé, la procédure peut être engagée, le législateur s'efforce alors de faire traîner les débats en longueur en disposant le long de la route qui mène au divorce des obstacles qui consistent en délais d'épreuves.

I. — Leur but, a indiqué le Garde des Sceaux, est de permettre au juge d'épuiser tous les moyens de conciliation. Ces délais auront, pense avec juste raison le législateur, un effet préventif et curatif. La simple perspective d'un long délai d'attente avant la libération peut empêcher certains conjoints de demander la dissolution du lien matrimonial. En tous cas, l'imposition de ces délais les oblige à réfléchir, leur donne le temps de se réconcilier. Les causes qui ont pu les amener à demander le divorce auront

quelquefois disparu, « notamment l'enthousiasme que l'un des époux a pu éprouver pour une tierce personne peut... se refroidir (1) ».

D'ailleurs si la réconciliation ne se produit pas, la dissolution du mariage se trouvera tout de même retardée. N'est-ce pas un des buts principaux de toutes ces mesures dilatoires ? Ne sont-elles pas toutes organisées dans une pensée de résistance au divorce ?

II. — La procédure de divorce débute par une requête au Président du Tribunal afin de citer en conciliation ; au bas de la requête le Président rend son ordonnance citant les parties en conciliation. Les parties viennent devant lui au jour indiqué. Si les époux se réconcilient, la procédure est terminée. Dans le cas contraire, le Président autorisera le demandeur à citer son adversaire en Chambre du Conseil. Il peut ne pas l'autoriser immédiatement.

Avant la loi de 1941, le Président du Tribunal pouvait ajourner les parties à un délai de vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires. Ce délai était assurément trop bref pour permettre un résultat efficace.

La loi nouvelle élargit la faculté préexistante en permettant au Président de retarder la délivrance du permis de citer pendant un an et de renouveler ce délai, sans toutefois que sa durée totale puisse excéder deux années. Le nouvel art. 238, alinéa 5, donne

---

(1) H. Mazeaud. *Cours de Doctorat*, 1941-42, p. 537, Cours de Droit.

ainsi au juge une première possibilité de retarder la marche de l'instance en divorce. « Avant d'autoriser le demandeur à citer » déclare le texte « le juge peut, suivant les circonstances et sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires, ajourner les parties à une date qui n'excèdera pas un année. Ce délai pourra être renouvelé, sans toutefois que sa durée totale puisse dépasser deux années ».

III. — L'ordonnance d'ajournement rendue par le Président contient, d'après l'énoncé du texte, un délai et, éventuellement des mesures provisores.

La loi fixe un maximum d'une année. Dans ce cadre, la liberté du juge est entière. A l'expiration de ce délai, si la nouvelle tentative de conciliation échoue, le Président peut renouveler l'ajournement. La loi n'a imposé qu'une limite : la durée des deux délais ne peut excéder deux années.

Pendant ces délais d'épreuve, qui peuvent être assez longs, il est indispensable d'organiser l'existence des époux. Le nouvel art. 238, alinéa 5, prévoit que le juge devra prescrire les mesures provisoires nécessaires. Ce sont les mesures relatives à la résidence des époux, à la garde des enfants, à la provision alimentaire, à la conservation des biens de la femme.

Il devra être statué à nouveau sur les mesures provisoires, si le juge renouvelle le délai. On a créé ainsi avant le procès en divorce une sorte d'état intermédiaire qui pourra soulever de nombreuses difficultés juridiques.

IV. — De la lecture de l'art. 238, alinéa 5, il ressort clairement que la difficulté d'ajourner les parties est laissée à la discrétion du Président du Tribunal. Cependant un jugement du Tribunal Civil de Bordeaux (1) a cru pouvoir affirmer que, sauf dans des cas exceptionnels, les tribunaux et par conséquent les Présidents doivent user systématiquement du délai qui leur est donné. Il n'y a là qu'une opinion tout à fait personnelle au rédacteur du jugement. Il n'est pas douteux que les tribunaux restent libres de leur décision. C'est pourquoi l'efficaité de la réforme dépendra finalement de l'utilisation qu'en fera l'autorité judiciaire.

Sur quel critérium le juge conciliateur devra-t-il fonder sa décision ? D'après le texte, il devra tenir compte des circonstances. Il lui faudra, en fait, se demander si une réconciliation apparaît possible. Cet espoir raisonnable de réconciliation qui justifie l'ajournement, sera souverainement apprécié par lui, en tenant compte de la situation familiale des conjoints, de leur milieu social et de la nature et de la gravité des griefs invoqués. La loi nouvelle lui commande d'être optimiste en ce qui concerne le rapprochement éventuel des époux. Ne lui confère-t-elle pas en effet le droit de renvoyer les parties à deux ans, même en cas d'adultère ou de condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (du moins dans le cas où le conjoint condamné ne subissant pas sa peine, le préliminaire de conciliation doit avoir lieu).

Quelque soit le parti auquel s'arrête le Président, son ordonnance n'a pas un caractère contentieux. Elle est

(1) Tr. civ. Bordeaux, 22 avril 1941, D. A. 1941-5-254; *contra* Cour Toulouse, 11 juin 1942, J. C. P. 42-II-1934.

un acte qui relève de son *impérium*. Elle n'a pas besoin d'être motivée et, sauf pour les mesures provisoires qu'elle peut contenir, n'est susceptible d'aucun recours

C'était l'opinion généralement suivie avant 1941 (1). C'est celle qui semble encore prévaloir actuellement. Cependant, certains auteurs, en particulier M. Carbonnier, estiment que la situation n'est plus la même : « Le bref délai de vingt jours ne pouvait faire grief aux parties, affirmait-il, c'était une mesure d'ordre intérieur qui s'incorporait à la procédure de conciliation et participait de sa nature gracieuse. Mais aujourd'hui l'aspect de l'institution a changé. On ne peut plus voir sans fiction, dans un délai de un an ou deux une simple remise de cause. Le fond du droit est touché. Du point de vue négatif, c'est un refus, temporaire sans doute, mais un refus de divorce. Du point de vue positif, ce peut être une sorte de séparation de corps. Tout cela peut faire grief aux parties » (2). Et il conclut que l'ordonnance, prononçant ou refusant l'ajournement (si le défendeur l'avait demandé) doit être motivée, ce qui permettra l'exercice des voies de recours.

Les jugements rendus sur ce point depuis la promulgation de la loi nouvelle sont rares ; mais on peut citer celui du Tribunal Civil d'Amiens qui (3) se prononce nettement en faveur du caractère gracieux de l'ordonnance d'ajournement. On en jugera par l'extrait

---

(1) VRAYE et GODE. *Divorce et séparation de corps*, t. I, n°s 251 et suiv. ; BARTIN sur Aubry et Rau, op. cit., t. 7, paragr. 478 ; PLANIOL, op. cit., t. 2, n° 563 ; Req. 26-1-38, G. P. 38-1-613.

(2) CARBONNIER. Comm. cité, p. 71.

(3) Tr. Civ. Amiens, 15 janvier 1942, D. A. J., 102.

suivant : « Considérant que les deux ordonnances entreprises qui se bornent la première à renvoyer à trois mois la tentative de conciliation sur la demande en divorce, la seconde à ordonner un nouveau sursis de six mois », n'ont aucun caractère contentieux, mais constituent, à l'évidence, des actes de juridiction gracieuse que le législateur a confiés à la prudence du seul magistrat conciliateur et contre lesquels il ne peut exister de voies de recours ».

Ce jugement doit être approuvé. Il est dans l'esprit de la loi. L'admission des voies de recours compromettrait, en alimentant les querelles, le but de l'ajournement qui est la réconciliation des époux.

V. — Lorsque le rapprochement des époux paraît possible, le Président, avons-nous dit, doit refuser de délivrer aux parties un permis de citer. Le délai fixé va donc courir et pouvoir être renouvelé. A l'expiration de ces délais, quelle va être la situation des parties ?

Elle peut être fort diverse. Si au jour fixé par l'ordonnance, les parties ne comparaissent pas, la réconciliation est présumée. Si c'est le demandeur qui ne se présente pas, il faut supposer l'abandon de la demande. Si c'est le défendeur, le juge ne pourra qu'accorder au demandeur l'autorisation d'assigner.

Enfin, les deux époux peuvent comparaître au jour indiqué. Le Président essaie une dernière fois de les réconcilier. En cas d'insuccès, il doit délivrer le permis d'assigner.

Le préliminaire de conciliation est terminé.

La procédure devant la Chambre du Conseil va dès lors commencer. Mais, le législateur n'abandonne pas

encore tout espoir de réconciliation. Il permet au Tribunal d'user d'une dernière mesure dilatoire, avant le prononcé du divorce.

Section III

Le sursis à statuer

Après l'échec de la tentative de conciliation, le procès vient devant la Chambre du Conseil, compétente aujourd'hui pour en connaître. Il semble que tout espoir de réconciliation soit désormais vain. Ce n'est pas l'avis du législateur qui donne à cette Chambre un dernier moyen de retarder l'issue du procès.

Dans le système du code civil, le tribunal pouvait, lorsque les débats étaient terminés, ne pas rendre immédiatement le jugement; il pouvait surseoir à statuer pendant un délai d'un an au maximum, réduit à six mois par la loi de 1886, sauf dans un cas : lorsque le divorce était fondé sur une condamnation à une peine afflictive et infamante. Dans ce cas, le sursis à statuer n'était pas possible, car on ne pouvait pas espérer un pardon de l'époux innocent étant donné que la faute n'avait pas été commise par lui. Lorsque le tribunal avait ainsi ordonné un sursis à statuer et que le temps qu'il avait prévu se trouvait expiré, le demandeur devait alors, si aucune réconciliation n'était intervenue entre les époux, obtenir le jugement dont le prononcé avait été retardé.

La loi de 1941, s'inspirant du même esprit qui a déjà dicté l'alinéa 5 de l'art 238 allonge ce délai préexistant, tout en maintenant l'exception prévue antérieure-

ment pour le cas de condamnation à une peine afflictive et infamante. Elle accorde ce pouvoir au tribunal, dans son art. 246, ainsi rédigé : « Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle prévue par l'art. 231, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce ».

Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires, pendant un délai qui ne peut excéder deux ans.

Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi, pour entendre prononcer le jugement de divorce ».

Seuls les alinéas 1 et 2 se trouvent modifiés. La loi nouvelle rectifie d'abord la référence à l'art. 232 devenu l'art. 231 ; puis elle élève de six mois à deux ans la durée du délai de sursis. L'alinéa 3 ne subit aucune modification.

Il semble donc que la question de savoir à quel moment et dans quelles conditions les juges peuvent imposer aux parties un sursis doive être résolue comme elle l'était avant la loi nouvelle. Cependant, la question est controversée en doctrine et en jurisprudence.

§ I

Nature du sursis à statuer

Le sursis à statuer de la loi de 1941 a soulevé une difficulté d'ordre juridique assez grave. On s'est demandé si la loi de 1941 n'avait pas modifié le caractère même du sursis à statuer de la loi de 1886.

Avant 1941, la jurisprudence et la doctrine (1) déduisaient de l'alinéa 3 de l'art. 246 que l'affaire devait être en état pour que le juge puisse prononcer le sursis. La décision de sursis avait pour conséquence de clore les débats et de renvoyer les parties à une date ultérieure pour entendre prononcer immédiatement le divorce, en cas de non-réconciliation.

I. — Certains auteurs (2), une partie de la jurisprudence récente soutiennent que le sursis à statuer de la loi de 1941 est différent. Le sursis, a-t-on dit, est désormais une mesure qui peut être ordonnée à n'importe quel moment de la procédure. Il peut intervenir lors même que la demande en divorce n'aurait pas encore été justifiée et le tribunal ne peut pas par conséquent se trouver obligé de prononcer le divorce après l'expiration du sursis.

C'est, en particulier, l'opinion du Président Charrier. Il estime qu'il serait contraire à l'esprit de la loi nouvelle qui est d'empêcher le divorce, d'obtenir la réconciliation des époux, que le tribunal fut tenu d'attendre l'issue de l'instance pour ordonner le sursis. La réconciliation, pense-t-il, sera d'autant plus difficile à obtenir que la procédure sera allée plus loin. L'instruction des débats, les dépositions des témoins dans les enquêtes, risquent d'envenimer le désaccord dans un ménage déjà si mal en point. En agissant, ainsi, le Tribunal ressemblerait « à qui commencerait par attiser

(1) PLANIOL et RIPERT. *Traité...* II ; ROUAST n° 567 et suiv. ; Cass. civ., 24 juillet 1922, S. 22-1-372.

(2) CHARRIER. *Le divorce et la séparation de corps*, pp. 19 et suiv. ; ESMEIN, G. P. 25-26 avril 1941.

un incendie afin de mieux l'éteindre ». Il faut donc placer le sursis au moment psychologiquement le plus favorable, avant les opérations d'enquête, mais sans que pour autant, les débats se trouvent clos.

Et le Président Charrier a fait passer sa thèse dans les jugements qu'il a rédigés (1). C'est la thèse qui a été également adoptée par le tribunal d'Amiens qui estime qu'il faut s'écarter de la jurisprudence établie à l'occasion des lois précédentes relatives à l'application de l'art. 246 du code civil; parce que cette jurisprudence ne lui « paraît plus être en accord avec la nouvelle rédaction du dit article et surtout avec le but proposé par le législateur de 1941 ».

II. — Si séduisante soit-elle, la thèse qui vient d'être exposée ne saurait être acceptée (2). Il est facile de répondre au Tribunal d'Amiens. D'une part, la rédaction de l'art. 246 ne permet pas de soutenir que le sursis puisse être imposé avant que la procédure soit terminée; d'autre part, le but de la loi de 1941 peut être atteint avec l'interprétation ancienne.

Le texte du nouvel article 246 est clair et net. L'alinéa 1er est formel : « ...le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement de divorce ». Il suffit de lire le texte pour constater que l'octroi du sursis implique le bien-fondé de la demande, la fin de la procédure. Le juge est

---

(1) Tr. civ. Bordeaux, 2e Chambre, 22 avril 1941, G. P. 41-1-301; 24 avril 1941, G. P. 41-1-391; Tr. civ. Amiens, 12 juin 1941, G. P. 41-2-85. En ce sens, Bordeaux 22 janvier 1942, G. P. 3 mars 1942.

(2) CARBONNIER. Op. cit., p. 72.

décidé à pronocer le divorce, mais dans une dernière tentative de conciliation, il surseoit à statuer. Sans doute le tribunal de Bordeaux a essayé dans les jugements des 22-24 avril 1941 précités, d'obscurcir le texte en prétendant que la formule de l'alinéa I, « encore que cette demande soit bien établie », laisse sous-entendre : « à plus forte raison si elle ne l'est pas ».

Mais il y a aussi l'alinéa 3, qui ne peut être écarté, suivant lequel, à l'expiration du délai, chacun des époux peut faire citer l'autre pour « entendre prononcer le jugement de divorce ». Il y a donc lieu immédiatement au divorce; il n'est pas question de poursuivre l'instance.

D'ailleurs la réforme n'a trait qu'à la durée du sursis (1). Comment pourrait-on prétendre que cette seule augmentation du délai a pu entraîner un changement dans les conditions d'application du sursis.

On comprend dès lors, que le Président Charrier, les jugements cités — tel celui d'Amiens — aient invoqué « surtout » le but du législateur de 1941.

Mais il est une règle d'interprétation des lois que méconnaissent ces jugements : le juge n'a à rechercher le but du législateur que si le texte applicable est obscur. Ce n'est pas le cas de l'art. 246 qui est clair et qui — rappelle le tribunal de Provins — « dans sa rédaction antérieure, conservée par la rédaction nouvelle sous la seule modification de la durée du délai, a été interprété... par de multiples décisions. « Si le législateur avait voulu transformer le caractère même du sursis, il aurait fallu qu'il le dit d'une manière expresse.

---

(1) Cf. *infra* p. 55, les décisions citées.

Au surplus, on atteindra le but de la loi avec l'interprétation ancienne. La fin des débats est le moment le plus favorable à la réconciliation des époux, soutiennent avec raison MM. Carbonnier et Anoyaut. « Le combat cessant, la fièvre tombe », les époux sont mieux éclairés sur la réalité des griefs. On a épuisé les objets de discussion. Ainsi se trouve ouverte « la voie à l'oubli et au pardon... par un jugement de sursis rendu en pleine connaissance de cause » (1).

Le tribunal de Provins, dans un jugement du 9 juillet 1941, déclare aussi que le but de la loi est « aussi bien, et peut être mieux atteint, si l'action apaisante du temps intervient après la clôture des débats dont les époux connaissent alors l'issue nécessaire, plutôt qu'avant leur développement au moment où chacun des plaideurs songe plus à préparer et conserver ses moyens d'attaque ou de défense qu'à reconnaître ses torts et à tenter de les réparer ».

Le texte de l'art. 246, ne permet donc pas de conclure à un changement dans le caractère du sursis. De même pour modifier la jurisprudence en cette matière, on ne peut non plus invoquer les intentions du législateur. En pratique, d'ailleurs, on aboutirait avec la nouvelle interprétation à un allongement injustifié de la procédure. Ajournement et sursis feraient double emploi. Si partisan soit-on de l'indissolubilité du mariage, on ne peut ajouter délais sur

---

(1) Tr. Civ. St-Lô, 8 juillet 1941, G. P. 41-2-212; Provins, 9 juillet 1941, G. P. 41-2-244; Seine, 2 janvier 1942; Yvetot, 10 juillet 1941, G. P. 41-2-85.

délais pour le plaisir de retarder le divorce sans espoir de l'empêcher. Mieux vaudrait le supprimer radicalement.

III. — Le jugement prononçant le sursis ne doit donc intervenir qu'une fois la procédure terminée. Il est à souhaiter que les juges se contentent de prononcer le sursis, sans laisser deviner quelle sera la décision du tribunal. Dans l'intérêt de la loi, il ne faut pas qu'ils statuent sur le divorce au nom de l'un ou de l'autre des époux, en même temps qu'ils sursoient à le prononcer.

Cependant la solution contraire a été admise par la Cour de Bordeaux dans un arrêt du 10 février 1942 (1). Après avoir analysé les griefs invoqués par chacun des époux, l'un contre l'autre, la Cour conclut : « Par ces motifs surseoit à prononcer le divorce entre les époux à luers torts et griefs réciproques ». Cet arrêt est certainement en contradiction avec le but de la loi. La Cour devait s'abstenir d'indiquer que le divorce serait prononcé aux torts et griefs réciproques. De même, toute décision de sursis devra s'abstenir de préciser la cause du divorce, d'indiquer de quelles sanctions il sera assorti. Toutes ces indications demeurent la tâche éventuelle que le tribunal aura à remplir si les époux ne se réconcilient pas durant le temps du sursis.

---

(2) C. Bordeaux, G. P. 26 février 1942.

§ II

Contenu et cas d'intervention de la décision de sursis

I. — Il résulte du texte du nouvel art. 246 que les tribunaux, lorsqu'ils feront usage du sursis, devront se borner à surseoir et à prendre des mesures provisoires. Ils peuvent surseoir à statuer pendant deux années au plus. Rien ne les empêche de procéder à plusieurs renvois successifs en respectant bien entendu ce maximum. Si l'existence des époux n'a pas été organisée par le Président du Tribunal, l'alinéa 2 de l'art. 246 oblige le tribunal à se préoccuper de la question. Il doit prescrire l'habitation séparée et les autres mesures provisoires nécessaires. Si un régime provisoire de séparation a déjà été organisé par le Président, le Tribunal le maintient ou prescrit de nouvelles mesures provisoires s'il le désire.

II. — Le pouvoir de retarder la procédure et d'organiser un régime provisoire accordé au Président, puis au Tribunal lui-même était refusé jusqu'ici par la jurisprudence à la Cour d'Appel (1) en raison du caractère exceptionnel de l'institution et aussi du fait que l'art. 246 ne parlait que du Tribunal et l'art. 248, qui réglait la procédure d'appel, ne parlait pas du sursis. La première raison n'est plus valable avec la loi nouvelle, mais en revanche l'argument de texte demeure puisque la disposition de l'art. 246 n'a pas

(1) Cass. civ. 10 mai 1909, S 1909-1-537; 24 juillet 1922, précité; Colmar, 12 janvier 1932, G. P., 32-1-583.

été étendue à l'appel et l'art 248 n'a pas été modifié sur ce point. Il faut donc refuser à la Cour d'Appel le pouvoir de renvoyer à nouveau les parties. On est allé déjà bien loin pour que puisse être gardé le moindre espoir de réconciliation entre les époux.

III. — Le Tribunal, seul détenteur du pouvoir d'imposer le sursis en use à la demande de l'une des parties ou d'office. Bien qu'un jugement du Tribunal de Bordeaux (1) ait cru pouvoir affirmer que le sursis était devenu obligatoire pour le Tribunal, on se décide généralement en faveur du caractère facultatif du sursis, commandé par le texte même (le Tribunal peut ne pas prononcer le divorce) et surtout par les nécessités pratiques. Si le législateur fait un devoir aux juges d'épuiser tous les moyens de conciliation, encore demande-t-il que la réconciliation apparaisse possible. De quelles considérations s'inspirera le Tribunal pour décider qu'il subsiste un espoir de réconciliation ?

On peut se reporter à ce qui a été dit à ce propos en étudiant l'ajournement. Mais, on doit remarquer que le juge a déjà eu recours à toutes sortes de moyens d'atermoiement avant que le Tribunal n'ait été saisi et pourtant les époux n'ont pas renoncé à leurs animosités ni à leurs griefs. Par suite, pour imposer le sursis, le Tribunal doit faire valoir de sérieuses raisons d'espérer une réconciliation. Il doit, souligne M. Carbonnier, appuyer cet espoir sur des

---

(1) Tr. civ. Bordeaux, 22 avril 1941 ; Tr. civ. Bordeaux, 10 février 1942, G. P. 26 février 1942.

faits concrets, tirés de l'espèce. « Un espoir abstrait, une sorte d'optimisme spéculatif seraient inopérants. Ils conduiraient tout droit à prononcer le sursis par hostilité de principe au divorce, ce qui n'est point le but de l'institution » (1). Le Tribunal doit donc étayer solidement ses motifs d'espérer.

IV. — On se demande même si son pouvoir a un caractère discrétionnaire, s'il est seul juge de l'opportunité et de la durée du sursis, ou si au contraire, la décision de sursis qu'il rend n'est pas susceptible de voies de recours, en particulier d'appel.

Avant la loi de 1941, on estimait en général que la mesure ordonnant le sursis à statuer n'était pas susceptible d'appel.

Sans doute certains auteurs et certains arrêts estimaient que le jugement de sursis pouvait être frappé d'appel, parce qu'il préjugeait le fond et avait donc un caractère définitif (2). Mais l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence décidait que le jugement de sursis n'était pas un jugement définitif et que pour ce motif, il n'était pas susceptible d'appel. Seul le jugement qui prononçait le divorce à défaut de la réconciliation des époux pouvait être l'objet de cette voie de recours (3). La décision prononçant le sursis

---

(1) CARBONNIER. Op. cit., p. 75.

(2) GUÉNÉE. Note au D. P. 1925-1-161, sous Civ. 24 juillet 1922; Req. 22 mars 1937, S 1937-1-191; *Le pouvoir de sursis donné aux juges en matière de divorce*, thèse, Paris 1912, BARTIN, op. cit., texte et note 38.

(3) Chamb. Req. 22 avril 1907, D. P. 1911-1-409, note de BOUTAUD; Cham. civ., 24 juillet 1922, précité; 13 juillet 1937, D. H. 1937-470.

n'est pas un jugement définitif, car, déclarait-on « elle ne dessaisit pas le juge, ne termine pas l'instance et bien qu'elle suppose reconnu le bien-fondé de la demande en divorce, elle n'indique pas les motifs du divorce, mais dit seulement que le juge est prêt à prononcer le divorce à une audience ultérieure, s'il en est requis par l'un des époux » (1).

Ces raisons demeurent valables aujourd'hui (2). Il ne semble pas possible de suivre M. Carbonnier quand il se prononce en faveur du contrôle de la décision de sursis au moyen de l'appel.

Sans doute, la décision par laquelle le Tribunal dispose de l'existence des époux pour deux années est de nature à leur faire grief. Mais cette décision n'a pas un caractère définitif, ne dessaisit pas le Tribunal et ne peut donc être attaquée par la voie de l'appel. Au surplus, les intentions du législateur s'opposent à l'admission de l'appel. Pense-t-on, en effet, qu'elle faciliterait la réconciliation des époux si désirée par les auteurs de la loi ? Et puis, si la Cour ne peut accorder le sursis, comment admettre qu'elle puisse en contrôler l'octroi ?

V. — Tous les moyens dilatoires mis à la disposition des juges doivent être approuvés dans leur principe. Ils mettent un frein au divorce et sont suscepti-

---

(1) Note de NAST, D. P. 39-1-48; Cass. Civ. 17 février 1942, D. A. 1942, J. 61.

(2) Cour de Paris, 23 octobre 1942, G. P. 16-17 janvier 1943.

bles de contribuer à la réduction du nombre de ménages dissous. Mais leur efficacité dépendra de l'emploi qu'en feront les tribunaux.

Le sursis sera-t-il souvent imposé ? Il est permis d'en douter. On doit reconnaître que très souvent les tribunaux vont se trouver extrêmement embarrassés pour savoir s'ils doivent ou non renvoyer les parties à plus tard. Sans doute, on leur demande d'épuiser tous les moyens de conciliation, mais on ne les force pas à croire à l'impossible. Or, il est difficile de penser que la partie qui a été jusqu'à la fin du procès puisse pardonner, s'arrêter alors qu'elle sait que le divorce va être prononcé. Du moins, un tel cas se produira assez rarement.

Lorsque le sursis est prononcé, les parties sont renvoyées pour un certain délai. Il reste à étudier la situation des parties à l'expiration de ce délai. Plusieurs hypothèses sont à envisager.

Les époux peuvent ne pas comparaître au jour fixé, la réconciliation est alors présumée. Aucune partie ne sera citée devant le Tribunal.

Si, au contraire, le rapprochement souhaité ne s'est pas produit, l'un des époux fera citer l'autre à comparaître devant le Tribunal pour entendre prononcer le divorce.

L'étude des obstacles disposés sur la route du divorce, au cours de la phase de conciliation ou au cours de la procédure qui se déroule devant le Tribunal est ainsi terminée. Couronnement ou plutôt complément du système dilatoire : l'affaire ne sera plus jugée comme affaire urgente, en appel, décide le législateur.

Section IV

Suppression de l'obligation d'instruire, en appel, la cause comme affaire urgente

Une fois le sursis expiré, le jugement de divorce prononcé, la procédure devant le Tribunal est terminée. Il reste aux parties la possibilité de faire appel au jugement rendu.

Dans ce cas, décidait l'ancien art. 248, alinéa 3, « la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente ».

Le législateur a modifié cet alinéa 3 pour le mettre en accord avec la loi nouvelle.

Il décide que désormais les débats ont lieu en Chambre de Conseil et que l'arrêt est rendu en audience publique. C'est l'extension logique à la procédure d'appel de la réforme introduite par l'art. 239, alinéa 1 pour la procédure de première instance.

Enfin une dernière réforme est apportée implicitement à la procédure d'appel. Elle résulte de la disparition de la disposition de l'alinéa 3 de l'art. 246 : « la cause s'instruit comme affaire urgente ».

Par suite de la suppression de cette disposition, désormais, les procès de divorce ne seront plus instruits en appel comme affaires urgentes. Dans quelle mesure pourra-t-il en résulter un retard dans la prononciation définitive du divorce ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de connaître l'interprétation qui était donnée de la formule de l'ancien art. 248 obligeant la Cour d'Appel à « instruire la cause comme affaire urgente ».

Certains auteurs et quelques arrêts interprétaient cette disposition comme impliquant l'intention d'établir une procédure sommaire (1).

En effet, disaient-ils, si l'art. 404 du Code de procédure civile considère comme sommaires toutes les demandes qui requièrent célérité, à plus forte raison seront considérées comme telles les demandes qui requièrent l'urgence, puisque l'urgence est plus grave que la célérité. Il résultait de cette interprétation que les enquêtes nécessaires avaient lieu à l'audience de la Cour.

Mais l'opinion dominante (2) contestait une telle interprétation en affirmant que les mots affaires urgentes ne sont pas synonymes de affaires sommaires.

Cette opinion s'imposait en raison du principe que la liste des affaires sommaires est limitative et qu'en cas de doute, il faut suivre la procédure ordinaire. Ils concluaient : la disposition de l'art. 248 signifie seulement que l'appel requiert célérité. En conséquence il doit être dispensé du rôle et jugé, le cas échéant, pendant les vacances judiciaires.

En fait, dans la plupart des Cours, les appels en matière de divorce suivaient le train des affaires ordinaires. La cause n'était instruite plus rapidement que lorsque l'appel concernait des mesures provisoires à prendre dans l'intérêt des époux et des enfants.

---

(1) GLASSON. Note D. P. 90-2-313 ; VRAYE et GODÉ. *Divorce et séparation de corps*, t. I, n° 332 ; Req. 23 novembre 1896, D. P. 97-1-196.

(2) GARSONNET et CEZAR-BRU. Op. cit., T. 7, n° 204, note 18 ; Req. 20 juillet 1920, D. P. 1921-1-69.

Le législateur de 1941 consacre cette pratique en même temps qu'il marque une dernière fois sa volonté de retarder le plus possible la rupture du lien conjugal. Désormais il est hors de doute qu'en général les affaires de divorce ne devront pas être jugées en appel, pendant les vacances judiciaires.

On peut contester le bien-fondé de la nouvelle disposition. Si, au début, la procédure doit être aussi lente que possible, parce qu'on peut espérer un rapprochement des époux, il semble qu'il vaut mieux donner à la procédure une allure plus rapide, plus vive, lorsque le premier degré de juridiction est franchi. On met ainsi fin à une situation de plus en plus pénible et parfois même intolérable pour les époux.

CHAPITRE III

Réformes apportées en vue de moraliser le procès en divorce

Deux mesures complémentaires ont été prises par la loi, en vue de moraliser le procès en divorce. La première supprime la publicité des débats ; la seconde s'efforce de paralyser l'action de certains agents d'affaires qui favorisaient la diffusion du divorce.

SECTION I

Suppression de la publicité des débats

L'art. 239 du code civil a subi quelques modifications. Il est ainsi rédigé :

« La cause est instruite en la forme ordinaire et débattue en Chambre du Conseil, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique;

« Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce, en demande de séparation de corps ;

« Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions;

« La reproduction des débats par la voie de la presse, dans les instances en divorce, est interdite, sous peine de l'amende de 100 à 2.000 frs édictée par l'art. 39 de la loi du 29 juillet 1881 ».

Le remaniement du texte a eu pour objet de supprimer la publicité de l'audience dans les procès en divorce.

Cette publicité rendait la réconciliation des époux extrêmement difficile et surtout alimentait, selon l'expression de M. Joseph Barthelemy « par les détails intimes de la vie conjugale, la curiosité malsaine du public ».

Le législateur a estimé qu'il était de l'intérêt des conjoints et avant tout de la société, de rendre secrets les débats. Déjà, avant la loi de 1941, le huis-clos pouvait être prononcé d'office ou à la demande des parties, lorsque la cause était particulièrement scandaleuse, mais il était facultatif et les juges n'en usaient que très rarement. Déjà même une autre restriction au principe de la publicité avait été édictée. La reproduction des débats dans la presse était interdite. Cette interdiction, qui était sanctionnée pénalement, a été maintenue, par le nouveau texte, bien qu'elle semble superflue, par suite du changement de principe.

Désormais, en effet, les débats des procès en divorce, n'auront plus lieu en audience publique, mais en Chambre de Conseil.

La portée du principe nouveau de non-publicité des débats et sa sanction doivent être examinées avec soin.

I. — Ce principe qui s'applique aussi bien en appel qu'en première instance, n'entraîne pas de modifications des règles de la procédure. La cause, souligne le texte, continuera à être instruite en la forme ordinaire. Le seul changement apporté résulte du fait que le public ne sera plus admis à l'audience. Ainsi, les explications des avoués, les plaidoiries des avocats, et même les conclusions du ministère public seront soustraites à la curiosité du public.

Par ailleurs, la Chambre du Conseil est compétente pour statuer non seulement sur la dissolution du lien conjugal, mais aussi sur toutes les demandes accessoires qui peuvent être formulées. L'accessoire suit le principal. C'est ainsi qu'elle connaît de la pension alimentaire, de la provision *ad litem*.

Le secret des débats s'étend donc à toute la procédure; seul le jugement doit être rendu en audience publique, ce qui, d'ailleurs, est la règle pour toutes les affaires contentieuses venant en Chambre de Conseil.

II. — Qu'adviendrait-il si un procès en divorce était jugé par erreur en audience publique ? La doctrine est assez partagée. Il semble, à certains auteurs (1) qu'une exception d'incompétence pourra être soulevée dès le début de la procédure. Si le jugement a été rendu, l'exception aboutira à son annulation. D'autres auteurs (2) estiment qu'il ne peut y avoir incompétence, car le Tribunal Civil siégeant en Chambre de Conseil et le Tribunal Civil siégeant en audience publique ne

(1) GOYET. *La Chambre du Conseil en matière civile*, n° 9.
(2) GARSONNET et CEZAR-BRU. *Traité théorique et pratique de procédure civile*, T. 7, n° 218, note 13.

sauraient constituer deux juridictions distinctes. C'est une question de procédure et non de compétence, affirment MM. Glasson, Tissier et Morel. Il y a, dans cette hypothèse, une nullité de forme, d'ordre public. Cette thèse paraît confirmée par la jurisprudence ancienne qui avait déjà admis la nullité comme sanction du principe de la non-publicité des débats, lorsque la conversion de la séparation n'avait pas été débattue en Chambre de Conseil (1).

Ces discussions ne présentent qu'un intérêt pratique limité. Il est à prévoir, en effet, que les tribunaux feront respecter le principe, en ne laissant pas juger publiquement les affaires de divorces.

La prohibition de la publicité des débats est une sage et excellente mesure. Elle permettra de mieux sauvegarder la dignité des personnes et l'honneur des familles et encore plus d'éviter d'étaler devant l'opinion les tares et misères familiales. Elle supprimera la réclame qu'un divorce divulgué par une certaine presse spécialisée assurait à certains milieux du théâtre et du cinéma. Elle contribuera enfin, bien que dans une modeste mesure, au succès de la réforme actuelle, d'une part, en facilitant la réconciliation des époux en cours d'instance, d'autre part, en enlevant aux accusations portées par l'un des conjoints contre l'autre le caractère injurieux qui se conçoit difficilement, en pratique, sans la publicité.

D'ailleurs, la garantie d'une justice impartiale n'est-elle pas suffisamment assurée par la présence des par-

---

(1) Glasson, Tissier et Morel. *Traité de procédure civile*, T. 2, nº 314; Civ. 11 février 1918, D. P. 18-1-35; 5 décembre 1932, D. H. 33-17; 9 avril 1941, Rec. Sirey, Chron. 1941-71.

ties, de leurs représentants et conseils. On doit pas critiquer le nouveau texte, mais se demander au contraire s'il ne convient pas d'étendre à d'autres cas la réforme qu'il introduit.

On ne peut que déplorer la curiosité malsaine qui porte la foule à assister à certains procès scandaleux, à certains jugements de crimes honteux dans des Cours d'Assises trop largement ouvertes.

Section II

Suppression de la publicité incitant au divorce

Pour moraliser le procès, le législateur ne s'est pas contenté de le débarrasser de la publicité de mauvais aloi qui l'entourait parfois. Il a aussi cherché à réprimer l'activité de certains agents d'affaires.

De nombreuses demandes faites par des époux qui n'avaient pas toujours des motifs sérieux de dissentiment, étaient provoquées par des praticiens. Ceux-ci, en effet, leur promettaient un divorce rapide, souvent même à forfait. Ils s'arrangeaient pour tromper le Tribunal, en simulant des causes de divorce, en organisant des comédies, telles que l'abandon par la femme du domicile conjugal, la lettre d'injures écrite d'accord pour le procès, le constat de simulacre d'adultère.

Les rédacteurs de la loi du 2 avril 1941 ont voulu supprimer cet encouragement donné au divorce, en mettant à contribution le droit pénal lui-même.

Ils prennent le mal à sa source. En effet, pour empêcher les praticiens de nuire, ils leur enlèvent le

meilleur moyen de se faire connaître, en leur interdisant la publicité. Sans rendre illicite l'intervention des cabinets d'affaires dans le procès en divorce, ils les frappent ainsi au point sensible.

L'art. 5 de la loi nouvelle crée un nouveau délit correctionnel en punissant « d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 100 à 10.000 frs toute personne convaincue d'avoir offert ou fait offrir ses services, soit par voie de la presse ou par affichage, soit d'une façon habituelle, par lettres, circulaires, visites, toutes autres démarches ou tout autre moyen de publicité, en vue de faire engager ou poursuivre une procédure de divorce ou de séparation de corps.

Quels sont les éléments constitutifs du nouveau délit ? Quelles sont les personnes punissables et quelles sont les peines encourues ? Ce sont les trois questions auxquelles on doit maintenant s'efforcer de répondre.

I. — Les éléments constitutifs du délit sont au nombre de trois : une offre de services, sa réalisation par des moyens déterminés et dans un certain but.

En premier lieu, une offre doit avoir été faite. Si un conjoint sollicite le concours d'un praticien pour une affaire de divorce, le concours de celui-ci n'est pas punissable. En revanche, le praticien qui offre ses services, soit directement, soit indirectement par voie de presse ou par affichage, tombe sous le coup de l'art. 5. Le texte est formel : il assimile l'offre indirecte à l'offre directe. De même, on s'accorde à considérer l'offre de services, même si cette offre est

désintéressée, comme également susceptible de constituer l'infraction visée par la loi. On veut éviter ainsi que la loi soit trop facilement tournée.

D'autre part, cette offre doit s'être matérialisée. La loi distingue deux séries de moyens. Selon le mode de publicité employé, le délit sera un délit simple, c'est-à-dire qu'un acte unique suffira pour le constituer, ou un délit d'habitude; dans ce cas, l'offre pour être délictueuse devra être répétée de façon habituelle.

Si l'offre a été faite par la voie de la presse ou par affichage, le délit est simple. C'est que cette publicité s'adresse à tout venant, atteint un large public.

Si l'offre a été faite par : lettres, circulaires, visites, toute autre démarche ou tout autre moyen de publicité, elle n'atteint que des individus déterminés. Elle a une portée limitée, aussi la loi exige-t-elle pour que cette offre isolée prenne le caractère d'un délit qu'elle intervienne fréquemment, au moins à l'occasion de deux actions en divorce distinctes. Il faut remarquer qu'il sera malheureusement très difficile pour le poursuivant, d'établir le caractère habituel des offres.

Enfin l'offre délictueuse de services devra avoir pour but de faire engager ou poursuivre une procédure de divorce ou de séparation de corps. Quelqu'en soit le résultat, l'offre ainsi caractérisée sera punissable. Mais si la publicité, faite par une agence ne spécifie pas qu'elle prête son concours dans les procès en divorce, la loi n'est pas applicable. Une offre de services en vue « de tous procès » échappe à la sanction de la loi. Ne peut-on craindre dès lors, avec

M. Carbonnier (1), la transformation des agences de divorces en contentieux généraux ? Elles pourront ainsi survivre et faire de la publicité à condition de n'y laisser figurer aucune allusion aux procès de divorce ou de séparation de corps. Il est évident qu'une agence ainsi camouflée, échapperait en principe aux rigueurs de la loi. Mais si en fait, elle n'apparaissait que dans les procès en divorce ou en séparation de corps, ne serait-il pas possible de la dépister et de la frapper ?

II. — Si l'infraction, dont les caractères viennent d'être précisés, a été commise, la loi va frapper tous les auteurs. Les complices seront également punissables, selon les règles ordinaires de la complicité. Ainsi, dans une agence de divorces, seront coupables le directeur, les démarcheurs. Si l'agence se constitue sous la forme juridique d'une société, comment sera assurée la répression, puisqu'en principe notre droit français rejette la responsabilité pénale des personnes morales ? Les sanctions joueront, estime avec juste raison M. Vizioz, mais « individuellement, à l'encontre des personnes physiques auxquelles le fait délictueux est imputable : administrateurs, gérants ou directeurs le plus souvent, quelquefois employés ou préposés de la maison, voire simples associés » (2).

III. — Les sanctions que ces personnes encourent sont de deux sortes : pénale ou civile.

---

(1) Comm. cité, p. 85.

(2) Vizioz. Comm. cit., n° 44.

La sanction pénale consiste en un emprisonnement de un à six mois et dans une amende de 100 à 10.000 francs. Le Tribunal correctionnel pourra admettre les circonstances atténuantes et accorder au délinquant primaire le bénéfice du sursis à l'exécution de la peine. Inversement, les règles ordinaires de la récidive pourront aggraver les pénalités.

Souvent la publicité délictueuse ne sera pas supprimée après une condamnation ; des affiches pourront rester apposées. Il n'y aura pas de nouvelle infraction puisque le délinquant n'aura pas renouvelé sa publicité. Pour faire cesser cet état de choses, on doit admettre que le juge pourra, dans le jugement de condamnation, prescrire, en même temps, les mesures nécessaires : lacération des affiches, destruction des prospectus.

L'allocution du Garde des Sceaux parlait même de la fermeture des officines se livrant aux offres prohibées. Malheureusement, en l'absence d'une disposition expresse de la loi, le Tribunal ne peut prononcer la fermeture, sans porter atteinte à la règle « nulla poena sine lege ».

Un moyen indirect d'aboutir à la fermeture de ces officines serait de prévoir des dommages-intérêts sociaux, notamment au profit de l'Etat : Secrétariat à la Famille, ou des associations familiales existantes : Alliance Nationale, Plus Grande Famille ou des groupements semi-publics qui vont se constituer en vertu de la loi du 29 décembre 1942 promulguée au Journal Officiel du 31 décembre 1942. On arriverait à la fermeture de ces officines en les écrasant sous les dommages-intérêts.

Cette sanction pénale est complétée par une sanction civile prévue pour réparer le préjudice subi par les victimes de l'infraction. Celles-ci pourront réclamer des dommages-intérêts. Elles devront prouver que le procès a été engagé ou poursuivi en raison des offres délictueuses et qu'il en résulte, pour elles, un préjudice personnel et direct. Ce n'est que l'application des règles ordinaires de la responsabilité.

La disposition de l'art. 5 en supprimant l'encouragement que donnaient au divorce des pratiques publicitaires, atteint le but général de la loi : multiplier les obstacles sur la route du divorce .Elle permet surtout de lutter contre les simulacres organisés par les praticiens. Ces simulacres malheureusement seront possibles même avec la loi nouvelle. Il est à craindre que ceux qui veulent divorcer puissent trouver encore des personnes qui leur en indiqueront les moyens. Sans parler de la notion de l'injure grave qui se prêtait aux interprétations les plus abusives, il restera toujours possible de simuler l'adultère. Le remède paraît assez facile. Pourquoi ne pas décider que, désormais, tout époux contre lequel le divorce sera prononcé pour adultère, sera condamné pénalement. Il est certain qu'on lui enlèverait ainsi l'envie de laisser, sans qu'il se défende, prononcer le divorce contre lui. On pourrait même aller plus loin dans cette voie en frappant d'une sanction pénale tout époux coupable, en dehors de l'adultère. Cet époux a commis une faute, il doit en subir les conséquences. Si le prononcé du divorce au profit de l'un des époux

entraînait pour l'autre la condamnation à une très forte amende ou à un emprisonnement (1), il est certain que le nombre des divorces diminuerait sensiblement et de plus, les caisses de l'Etat se rempliraient.

---

(1) L'adoption d'une telle réforme a déjà été préconisée à la fin de l'étude des effets du divorce, p. 70.

CHAPITRE IV

Champ d'application de la loi nouvelle dans le temps

La loi du 2 avril 1941 a modifié profondément l'ancien régime du divorce, mais n'a prévu qu'une seule disposition relative à son application dans le temps.

Elle est contenue dans l'art. 6 de la loi qui est ainsi rédigé : « Le décret du 29 novembre 1939 modifiant à titre temporaire l'art. 310 du Code Civil est abrogé. Il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion de séparation de corps ou de divorce que dans les conditions et le délai fixés par l'art. 310. Il ne sera statué sur les demandes de conversion déjà introduites en vertu du décret précité à la date de l'entrée en vigueur du présent décret et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, qu'à l'expiration du sus-dit délai ».

C'est la seule mesure transitoire, elle-même discutable (1) qui soit prévue par le législateur.

Cette discrétion a été critiquée par les premiers commentateurs qui se sont fait l'écho des inquiétudes

(1) Voir page 143.

exprimées par les praticiens (1). Il en résultera certainement, a-t-on dit, de fâcheuses contradictions dans la jurisprudence, certaines décisions se prononçant en faveur de l'application de la loi ancienne aux procès en cours, d'autres en faveur de l'application de la loi nouvelle. C'est ce qui est arrivé. Aussi peut-on se demander si le législateur n'eut pas été mieux inspiré en introduisant dans la loi des dispositions transitoires moins fragmentaires.

Quoi qu'il en soit, cette absence de dispositions transitoires a pour conséquences de renvoyer au principe général de non-rétroactivité des lois contenu dans l'art. 2 du Code Civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif ».

Ce principe qui s'impose seulement aux juges et non au législateur signifie que la loi nouvelle ne régit pas le passé, à moins qu'elle ne manifeste une volonté expresse contraire ou qu'il ne s'agisse d'un texte interprétatif, ce qui n'est pas, en général, le cas de la loi du 2 avril 1941 (2).

L'application de ce principe ne soulève aucune difficulté lorsqu'il s'agit d'un acte ou d'un fait dont les effets sont instantanés. En ce cas, si l'acte ou le fait ont lieu avant la mise en vigueur de la loi nouvelle, ils seront régis par la loi ancienne : c'est l'évidence même.

Au contraire, l'art. 2 est insuffisant pour résoudre le problème du domaine respectif de la loi ancienne

---

(1) Paul Esmein. *L'application de la loi du divorce aux instances en cours.* G. P. 23 mai 1941, doctrine.

(2) Cependant, voir, *infra* p. 140, les discussions relatives aux dispositions de la loi quant aux effets du divorce.

et de la loi nouvelle sur un acte ou un fait ayant eu lieu sous l'empire de la loi ancienne et dont les effets doivent se prolonger sous l'empire de la loi nouvelle. C'est le cas du mariage qui se réalise instantanément, mais dont les effets s'échelonnent dans le temps.

On a cru trouver une solution au problème par la distinction des droits acquis et des simples expectatives. Une loi nouvelle, a-t-on prétendu, ne peut pas porter atteinte aux droits acquis, sans quoi elle serait rétroactive, mais elle peut porter atteinte aux simples expectatives.

La difficulté était de savoir quand il y a droit acquis ou simple expectative.

Il y a droit acquis, disaient les auteurs, lorsque les conséquences d'un fait ou d'un acte sont considérés comme en étant la suite directe et nécessaire. Au contraire, il n'y a que simple expectative, si elles n'en sont que la suite indirecte et possible (1).

La difficulté n'était pas résolue mais seulement reportée.

Aussi la distinction des droits acquis et simples expectatives s'avérant si délicate, bien des auteurs ont cherché d'un autre côté. La doctrine (2) a proposé un autre critère, celui de l'effet immédiat ou de l'effet rétroactif, de la loi. Elle pose le principe que la loi nouvelle s'applique toujours dans l'avenir, même aux effets des actes ou faits qui lui sont antérieurs. La loi nouvelle va régir les effets de toutes les

---

(1) G. BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*, Tome I, 11e édition, avec la collaboration de G. CHÉNEAUX, p. 34.

(2) M. ROUBIER. *Les conflits de lois dans le temps*, 2 volumes, Paris, Sirey 1929.

situations juridiques en cours. Elle reçoit une application immédiate. Elle recevrait une application rétroactive si elle ne respectait pas les situations déjà établies au moment de son entrée en vigueur.

C'est ainsi que s'agissant des effets d'une situation déjà constituée, d'un acte ou d'un fait, l'application immédiate de la loi exige qu'ils obéissent à la loi en vigueur au jour où ils se produisent. Par conséquent, une loi qui modifie les effets d'une situation juridique, d'un acte ou d'un fait, ne devra pas s'appliquer aux effets déjà réalisés, mais seulement aux effets postérieurs.

Cette théorie a le mérite de bien poser le problème de la rétroactivité, en distinguant l'effet immédiat et l'effet rétroactif. Mais, elle n'explique pas la règle nécessaire qu'un contrat demeure régi par la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu.

De plus, elle n'a jamais été — du moins expressément — consacrée par la jurisprudence qui, tout en reconnaissant le bien-fondé de la distinction de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif de la loi, est restée fidèle à la distinction des droits acquis et des simples expectatives.

La jurisprudence décide que la loi nouvelle ne saurait porter atteinte aux droits qui ont été régulièrement acquis sous l'empire de la loi ancienne.

On retrouve cette proposition, avec des simples variantes d'expression, dans les innombrables décisions qui ont été rendues en cette matière (1).

---

(1) Ch. Réunies, 13 janvier 1932, D. P. 1932-1-18, rapport Pilon; Civ. 17 février 1937, D. H. 1937-118; 20 février et 24 juillet 1917, D. P. 1917-1-81.

En principe, décident les arrêts, « toute loi nouvelle s'applique aux situations établies et aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, à moins que l'application de la loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure ». Il est normal que la loi nouvelle produise son effet dès sa promulgation, sans faire refluer son application dans le passé et sans avoir, non plus, à s'incliner devant une loi abrogée.

La formule employée peut paraître vague, mais elle a le grand avantage d'être souple et pratique. Elle permet aux juges d'adopter la solution qui convient à chaque cas particulier. Elle leur permet de résoudre la question transitoire en fonction de chaque loi qui l'a fait naître.

Si l'intérêt des particuliers exige parfois que la loi nouvelle ne puisse s'appliquer quand elle lèse leurs droits acquis, l'intérêt social exige souvent que la loi ancienne ne conserve plus aucun pouvoir : par exemple, lorsqu'elle édicte une règle condamnée parce que dangereuse. Dans de pareils cas, on doit donner le pas à l'intérêt supérieur. Si le législateur ne l'a pas fait, en prenant des mesures transitoires, la jurisprudence peut suppléer à son silence en interprétant la formule vague des droits acquis. Elle y parvient d'autant mieux qu'elle introduit une nouvelle notion, celle d'ordre public.

Mais n'est-on pas, avec la loi du 2 avril 1941, en présence d'une réforme qui a en vue un intérêt supérieur : la sauvegarde ou la restauration de la famille et, avec elle, de l'Etat ; d'une réforme destinée « à assurer par la protection de la famille, l'un des fonde-

ments de l'Etat, et par une appréciation plus rigoureuse des devoirs réciproques des époux, la restauration des mœurs nationales », autrement dit, en présence d'une loi à caractère d'ordre public. Le but mérite d'être réalisé sans aucun retard.

Les difficultés soulevées en général par l'application du principe de l'art. 2 du Code Civil sont peut-être moindres en matière de divorce qu'ailleurs, car en cette matière et plus généralement dans toutes les questions relatives à l'état des personnes les précédents sont en faveur de l'application immédiate des lois modificatives. La jurisprudence était déjà entrée dans cette voie en déclarant que « les questions relatives au divorce sont d'ordre public et que dès lors les lois qui les régissent ont un effet rétroactif » — immédiat — dirait-on aujourd'hui. Ainsi, la loi du 16 novembre 1912 qui a permis la recherche de la paternité naturelle a été déclarée applicable aux enfants déjà nés (1). On a pensé que le père ne pouvait être regardé comme ayant un droit acquis à se soustraire aux devoirs qui pèsent sur lui.

Une grande partie de la jurisprudence postérieure à la loi du 2 avril 1941 se prononce en ce sens (2). On doit l'approuver pleinement et conclure que la notion d'ordre public suffit à justifier l'application immédiate de toutes les dispositions nouvelles introduites par la loi du 2 avril 1941.

A l'aide des principes dégagés, il reste à délimiter les frontières précises entre le régime ancien du

---

(1) Civ. 20 février 1917, 24 juillet 1917, D. 1917-1-81, note Capitant.

(2) Les arrêts et jugements cités, *infra* pp. 135-136 et suiv.

divorce et le nouveau régime, en distinguant, ce qui est indispensable, selon les différentes catégories de matière que touche la réforme, qui ont d'ailleurs un caractère d'ordre public plus ou moins accentué.

Il est donc nécessaire de délimiter le champ d'application des innovations essentielles introduites par la loi du 2 avril 1941 qui ont trait au régime des causes du divorce, à la procédure et aux effets du divorce.

Il faut enfin étudier l'application aux procès en cours des nouvelles dispositions d'ordre pénal et surtout résoudre les difficultés que soulève l'application dans le temps de l'art. 6 de la loi qui contient la seule disposition transitoire prévue par le législateur.

La jurisprudence actuelle, en ce domaine du conflit de lois, sera examinée à propos de chaque nouvelle mesure.

I. — *Causes du divorce*

Une définition plus étroite de la cause de divorce a été donnée par le législateur de 1941 en vue d'accentuer le caractère de sanction du divorce.

On a supprimé, ne serait-ce que partiellement, des causes de divorce. La simple application des principes généraux déjà dégagés, permet aux juges d'appliquer de façon immédiate les nouvelles dispositions relatives aux causes de divorce, sans faire intervenir le caractère d'ordre public de la loi.

En effet, lorsqu'on supprime même partiellement une cause de divorce, désormais celle-ci ne peut plus être retenue par le juge, car les parties n'ont pas un droit acquis au divorce dans les conditions antérieures. Il

n'y avait pas de situation juridique constituée, puisque la constitution de la situation juridique du divorce suppose un fait envisagé comme cause de divorce sans doute, mais aussi un jugement.

Tant que ce jugement n'est pas rendu, il n'y a pas de droit acquis au divorce, il n'y a qu'une simple expectative (1). La loi nouvelle s'applique donc immédiatement aux procès en cours.

Seules, les décisions rendues sous l'empire de la loi ancienne et qui ne sont pas susceptibles d'opposition ni d'appel, échappent à l'application des nouveaux textes.

La Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens en affirmant que : « ne peut être cassé un arrêt qui, avant le 2 avril 1941, a prononcé le divorce pour des faits constituant une injure grave au sens de l'ancien art. 231 non encore modifié... », sous prétexte que ces faits ne constitueraient plus une cause de divorce au sens du nouvel art. 232, car « la Cour de Cassation doit vérifier si le juge de fond a fait une exacte application de la loi en vigueur au moment où il a statué et ne peut, en principe, appliquer directement une loi nouvelle postérieure à la décision attaquée. » (2)

En revanche, les nouvelles dispositions recevront application en appel, même dans les cas où la loi inter-

---

(1) Roubier aboutit au même résultat en affirmant : « On est en présence d'une situation juridique en cours de constitution, sur laquelle les lois nouvelles ont effet immédiat. »

(2) Cass. Req. 13 octobre 1941, Gaz. Pal. 42-1-5; 2 mars 1942, G. P. 12 mai 1942; Cass. Réunies, 3 juillet 1930, G. P. 30-2-242.

vient après le jugement de première instance. Il n'y a pas alors de jugement passé en force de chose jugée.

En pratique, d'ailleurs, le conflit des lois ne soulèvera guère de difficultés en cette matière. La loi de 1941, en effet, a laissé un large pouvoir d'appréciation aux juges, ce qui leur permettra de passer d'un régime à l'autre sans heurts et même sans qu'on s'en aperçoive guère.

II. — *Procédure du divorce*

En ce qui concerne les règles de procédure, il est généralement admis qu'elles s'appliquent aussitôt, même aux instances en cours, car les parties ne peuvent avoir, en pareille matière, de droit acquis à l'application de la loi ancienne (1).

Il n'est donc pas nécessaire, non plus, de faire intervenir le caractère d'ordre public de la loi de 1941, pour se prononcer en faveur de l'application immédiate des dispositions nouvelles de procédure qu'elle introduit.

Dès la promulgation de la loi du 2 avril 1941, la Chambre du Conseil a eu compétence pour connaître toutes les procédures déjà pendantes, en appel, comme en première instance. La suppression de la publicité des débats a eu ainsi effet immédiat.

De même, les présidents des tribunaux pourront faire usage immédiat, dans les conciliations et instances déjà en cours, des facultés d'ajournement et de sursis à

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. *Des personnes*, I, pp. 120 et suiv.

statuer accordées par la réforme. Il s'agit là, en effet, de dispositions qui concernent uniquement l'activité du juge et mettent en cause son seul pouvoir.

Les particuliers ne peuvent invoquer aucune disposition établie à leur encontre.

Le cas de l'art. 233 est plus embarrassant (1). Ce texte, qui interdit aux juges de recevoir les demandes en divorce formées durant les trois premières années du mariage, est actuellement la cause d'une division profonde entre les diverses juridictions lorsqu'il s'agit de savoir quel sort doit être fait aux instances engagées avant la promulgation de la loi à l'effet d'obtenir la rupture de mariages remontant à moins de trois ans.

Un certain nombre de tribunaux et de Cours d'Appel se refusent à appliquer le nouvel art. 233 aux instances en cours (2).

Ces juridictions invoquent deux arguments à l'appui de leur thèse.

Un argument de texte. L'art. 6 de la loi de 1941 a précisé que les règles nouvelles relatives à la conversion de séparation de corps en divorce s'appliqueront aux procès en cours. Alors, déclare-t-on, si le législateur avait désiré que le nouvel art. 233 reçoive application immédiate, il n'eut pas manqué de le dire. Cet argument n'a que la valeur relative des arguments a contrario.

---

(1) L'art. 233 du Code civil et la réforme du divorce (loi du 2 avril 1941), par J.-F. Le Clech, J. C. P., 43-1-305.

(2) Nancy, 20 novembre 1941, G. P. 6 janvier 1942; Orléans, 11 juin 1941, G. P. 41-2-277; T. Seine, 7e Chambre, 11 juin 1941, G. P. 41-2-277; 4e Chambre, 22 novembre 1941, G. P. 41-2-50, et 28 octobre 1942, G. P. 29 décembre 1942; T. C. Beauvais, 24 juin 1941, G. P. 27-28 août 1941.

Elles s'appuient aussi sur le fait que l'art. 233 emploie le futur : « aucune demande en divorce ne sera reçue... » ce qui, pensent-elles, marque formellement l'intention du législateur de ne statuer que pour l'avenir, que pour les demandes qui seront introduites après la promulgation de la loi. M. Henri Mazeaud fait remarquer, très justement, que : « lorsqu'on raisonne de cette manière on oublie qu'il y a ce qu'on pourrait appeler un « futur-impératif » qui est un présent. L'impératif sous la forme du futur est très souvent employé par le législateur. Il est certain que c'est bien le cas. Quand l'art. 233 dit qu'aucune demande « ne sera reçue » pendant le délai de trois ans, le législateur n'a pas voulu trancher la question de la rétroactivité à laquelle il n'avait certainement pas songé » (1).

Ainsi les arguments de texte invoqués en faveur de cette thèse ont une valeur très contestable.

Aussi, la majeure partie de la jurisprudence s'est-elle prononcée en faveur de l'application du nouvel art. 233 aux instances en cours.

Certaines décisions déclarent irrecevables les demandes formées pendant les trois premières années du mariage, pour ce motif que, la loi étant d'ordre public, elle doit recevoir application immédiate, s'appliquer même aux faits antérieurs à la loi et aux procédures qui étaient commencées avant la promulgation de la loi (2). Il importe, en effet, de considérer:

---

(1) Henri Mazeaud. *La protection de la famille et de son patrimoine.* Cours de droit civil approfondi, doctorat 1941-42.

(2) Cours Riom, 15 juillet 1941, G. P. 41-2-276; Poitiers, 28 juillet 1941, G. P. 41-2-116; Bordeaux, 22 janvier 1942, et

« que les dispositions de la nouvelle loi du 2 avril 1941 sur le divorce ont manifestement pour but de redonner au mariage un caractère de sérieux et gravité qu'il avait quelquefois perdu, en rendant le divorce moins facile et en en compliquant l'obtention; que l'ensemble de ces mesures revêt un caractère d'ordre public qui vise l'intérêt général de la société,

que l'art. 233 nouveau prévoit un délai pendant lequel une action en divorce ne pourra être reçue ,

qu'en raison du caractère impératif de cet art. qui est édicté en vue de l'organisation sociale dans une matière d'ordre public, le Tribunal doit l'appliquer immédiatement, même à des litiges nés antérieurement,

qu'en ne le faisant pas, il maintiendrait ce qui trouble l'ordre public et laisserait subsister le péril que la loi elle-même a voulu prévenir » (1).

D'autres décisions, sans faire appel à la notion d'ordre public, se prononcent aussi en faveur de l'application immédiate de l'art. 233 (2). On juge que les jeunes époux ne peuvent se prévaloir, malgré les demandes en divorce, d'un droit acquis à la prononciation du divorce dans les conditions antérieures. La Cour d'Appel de Paris (2) s'est rangée à cette

---

Aix, 4 décembre 1941, G. P. 3 mars 1942; Seine, 27 novembre 1941, 18e Chambre, G. P. 13 janvier 1942; Marseille, 2 mai 1941, G. P. 41-2-12; 18 juillet 1941, G. P. 41-2-224; Le Havre, 20 mai 1941, G. P. 41-2-89, application même si les enquêtes ont déjà été diligentées; Seine, 5 mai 1941, G. P. 41-1-408, 3e Chambre; La Rochelle, 10 juin 1941, G. P. 7 août 1941.

(1) Seine, 5 mai 1941, précité.

(2) Paris, 30 mai 1942, G. P. 16 juin 1942, et autres décisions qui font appel à la fois à l'ordre public et à la théorie des droits acquis. *Supra*, p. 135, note 2.

opinion dans un arrêt du 30 mai 1942. Elle s'exprime de la façon suivante : « Considérant que toute loi nouvelle régit, en principe, les situations établies ou les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, qu'il n'est pas fait échec à ce principe par la règle de la non-rétroactivité des lois formulée dans l'art. 2 du Code Civil qu'autant que l'application de la loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure, fondés sur un titre légal, contractuel ou judiciaire.

Considérant que... X... ne possédait pas, au moment où il introduit son instance un droit acquis à se séparer de sa femme, mais une simple expectative ; que ce droit n'aurait, en effet, existé à son profit qu'au cas seulement où une décision aurait été rendue, au moment même de la promulgation de la loi du 2 avril 1941... »

Cette tendance dominante de la jurisprudence vient d'être confirmée par la Chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 29 décembre 1942, paru à la Gazette du Palais du 20 janvier 1943.

Cet arrêt est extrêmement important car il tranche en même temps une question très discutée. On se demandait ce qu'il fallait décider si un jugement rendu avant la loi du 2 avril 1941 était frappé d'appel et si la loi de 1941 était intervenue entre le moment où le Tribunal avait statué et le moment où la Cour d'Appel allait statuer.

Lorsqu'un jugement avait déjà été rendu avant l'intervention de la loi nouvelle, la doctrine admettait jusqu'alors que la loi ne pouvait plus rétroagir et par

conséquent que la Cour d'Appel ne pouvait plus faire jouer le délai de trois ans, si le Tribunal n'était pas à même de l'appliquer.

Cette doctrine s'appuyait, en particulier, sur un arrêt de la Chambre civile du 3 novembre 1941 (1). Cet arrêt, rendu à l'occasion du décret-loi du 17 juin 1938 sur le partage, posait le principe que : « le bénéficiaire d'un jugement même frappé d'appel est en possession d'un droit acquis qui ne saurait lui être retiré par une loi nouvelle promulguée au cours de l'instance d'appel, cette loi fut-elle d'ordre public ».

Le nouvel arrêt de la Chambre civile se prononce au contraire en faveur de l'application de la nouvelle loi même dans ce cas où la loi intervient après la décision du Tribunal (2).

La plupart des attendus de cet arrêt méritent d'être reproduits. Ils condensent en quelque sorte la théorie des conflits de loi de la Cour de Cassation et rappellent nettement la distinction entre l'application immédiate et l'application rétroactive d'une loi nouvelle aux situations juridiques préexistantes.

« Attendu, y lit-on, que toute loi nouvelle s'applique aux situations établies et aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, quand cette application n'a pas pour résultat de faire échec à des droits acquis...

---

(1) G. P. 10 janvier 1942. Dans le même sens : Cour Besançon, 18 février 1942, G. P. 24 mars 1942; Chartres, 24 septembre 1941, G. P. 41-2-289.

(2) En ce sens : Poitiers, 28 juillet 1941, G. P. 41-2-116; Bordeaux, 22 janvier 1942, précité.

« Mais, attendu que, si, aux termes de l'art. 2 du Code Civil, la loi ne dispose que pour l'avenir, néanmoins toute loi nouvelle en tant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis, peut modifier les effets futurs de faits, actes ou situations qui lui sont antérieurs, sans que cette application immédiate lui imprime le caractère de rétroactivité.

« Attendu qu'en l'espèce, les époux Sommier n'avaient aucun droit acquis à voir leur divorce régi par la législation alors en vigueur ; que, d'autre part, s'agissant de décisions qui, modifiant l'état des personnes, sont constitutives d'un état nouveau en voie de formation tant qu'il n'a pas été consacré par une sentence passée en force de chose jugée, les époux Sommier n'avaient non plus, jusqu'à l'arrêt définitif, aucun droit acquis leur permettant de s'opposer à l'application immédiate et en cours d'instance de la législation nouvelle... »

Cependant, il convient de ne pas aller trop loin. Si un arrêt a été rendu dans le procès avant la loi nouvelle, même lorsque cet arrêt est frappé de pourvoi, la loi nouvelle ne peut pas s'appliquer. On ne peut en effet, invoquer comme moyen à l'appui du pourvoi formé contre un arrêt devant la Cour de Cassation, la violation d'une loi qui n'était pas en vigueur quand la décision a été rendue; si la Cour de Cassation doit vérifier si le juge du fond a fait une exacte application de la loi alors en vigueur au moment où il a statué, elle ne peut, en principe, appliquer directement une loi nouvelle postérieure à la décision attaquée (1).

---

(1) Voir les références, *supra* p. 132, note 2.

Le nouvel art. 233 doit donc recevoir application immédiate. Une telle solution a pour effet d'augmenter considérablement l'efficacité de la loi. En effet, un grand nombre de ménages se trouvent ainsi à l'abri d'une dissolution prématurée. L'abri est d'autant plus sûr que l'application de l'art. 233 n'est pas laissée à la discrétion du juge.

III. — *Effets du divorce*

On admet généralement que la loi qui modifie les effets du divorce est relative aux effets d'une situation juridique et qu'elle s'applique aussi aux situations en cours d'effets.

Mais, fait remarquer M. Carbonnier, il est plus exact « de dire que chaque catégorie d'effets suit, selon sa nature, sa propre règle de conflit » (1). Ainsi, l'art. 301, alinéa 2, qui modifie les effets du divorce, mais qui n'est que la transposition d'un système de responsabilité civile doit suivre les règles de conflit qui sont propres à cette matière.

Un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 27 juin 1942 (2) a déclaré non recevable une demande de dommages-intérêts, parce que les dommages-intérêts de l'art. 301 du Code Civil « constituent de toute évidence une sanction pénale et supplémentaire qui vient frapper, en raison de la faute de celui-ci, l'époux responsable de la dissolution du mariage, alors

---

(1) CARBONNIER, Op. cit., p. 89.

(2) G. P. 16-17 septembre 1942 3e Chambre.

même que son conjoint a déjà obtenu, à titre indemnitaire, la pension alimentaire prévue au paragraphe 1 dudit article; qu'étant donné son caractère pénal aggravant la situation des parties, cette disposition ne saurait avoir d'effet rétroactif ».

On ne saurait approuver cette décision. En effet, le nouvel art. 301, alinéa 2, n'a pas un caractère pénal: il ne constitue qu'une application pure et simple du principe de responsabilité civile posé par l'art. 1382 du Code Civil. Aussi doit-il s'appliquer dans les instances déjà engagées au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 2 avril 1941.

C'est ce qu'a décidé, sans trouver de difficultés à la solution, un jugement du Tribunal Civil de Saint-Brieuc du 16 juin 1942 (1).

Il semble d'ailleurs qu'on puisse affirmer (2) que le nouvel art. 301, alinéa 2, ne fait que préciser, confirmer une jurisprudence antérieure qui se fondait sur l'art 1382. A ce titre, il a donc un caractère interprétatif et, par conséquent, doit s'appliquer même dans les instances engagées avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 avril 1941.

IV. — *Dispositions d'ordre pénal*

Certaines dispositions d'ordre pénal ont été introduites par le législateur. Elles tendent à réprimer

---

(1) G. P. 3-6 octobre 1942.

(2) *La loi du 2 avril sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence*, par André Breton, J. C. P., 42-1-298, note 123.

l'activité de certains agents d'affaires qui favorisaient la diffusion du divorce. Elles créent de nouveaux délits.

L'art. 4 du Code pénal prévoit que « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ». Le jeu de cet article peut donner lieu à bien des difficultés.

Il est des cas, où une offre unique de services en vue de faire engager ou poursuivre une procédure de divorce suffit à constituer le délit prévu par l'art. 5 de la loi du 2 avril 1941. Alors pour être punie, l'offre devra avoir été faite depuis la promulgation de la loi du 2 avril 1941.

Dans l'autres cas, l'offre de services n'est réprimée qu'à la condition d'avoir été habituelle. Dans cette hypothèse, il suffira, du moins selon la solution de la jurisprudence (1) d'une seule offre émise sous l'empire de la loi nouvelle pour que la circonstance d'habitude puisse être retenue, si cette offre, jointe à d'autres, même antérieures à la loi, permet de prouver que l'habitude existe.

Enfin, il est des cas où le délit est en quelque sorte permanent, lorsque l'offre de services est réalisée par apposition d'affiches, insertion dans un annuaire quelconque. Cette offre ne pourra être punie si elle a été faite avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 avril 1941, bien que l'état de fait en résultant se soit prolongé depuis (2).

---

(1) Poitiers, 16 août 1940, D. C. 1941-J-78, et note de A. Lebrun.

(2) Roubier. Op. cit., T. 2, n° 130, p. 552, note 2.

V. — *Conversion de la séparation de corps en divorce, art. 6 de la loi du 2 avril 1941*

L'art. 6 de la loi du 2 avril 1941 a voulu régler les conflits de lois qui résulteraient de nouvelles dispositions relatives au régime de la conversion de la séparation de corps en divorce. « Le décret du 29 novembre 1939, modifiant à titre temporaire l'art. 310 du code civil est abrogé. Il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion de séparation de corps ou de divorce (1) que dans les conditions et le délai fixés par l'art. 310 du code civil. Il ne sera statué sur les demandes de conversion déjà introduites en vertu du décret précité, à la date de l'entrée en vigueur du présent décret et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, qu'à l'expiration du susdit délai ».

Deux hypothèses sont envisagées par l'art. 6.

La première ne soulève aucune difficulté. Elle concerne les demandes introduites après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Ces demandes, décide l'art. 6, seront entièrement justiciables de l'art. 310, alinéa I, aussi bien pour les conditions de la conversion que pour son délai.

La seconde hypothèse a trait au sort des demandes en conversion déjà formées au moment de la promulgation de la loi du 2 avril 1941, mais qui n'auraient pas abouti à une décision passée en force de chose jugée : le texte

(1) Il y a là une erreur certaine de rédaction. Il faut lire : « Il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion de séparation de corps en divorce. » L'art. 310 ne s'occupe, en effet, que du jugement de conversion.

ne soumet ces demandes au nouvel article 310 qu'en ce qui concerne le délai de la conversion. Le juge devra donc surseoir au jugement de conversion jusqu'à l'achèvement du nouveau délai.

Mais ce délai de trois ans expiré, les juges devront-ils statuer dans les conditions de la loi ancienne ou celles de la loi nouvelle ? La conversion demandée par l'époux coupable sera-t-elle pour eux une obligation ou une faculté ? L'art. 6 qui parle du délai pour le soumettre à l'art. 310, ne dit rien des conditions. Faut-il en déduire, avec M. Vizioz (1) que la conversion reste obligatoire, à l'expiration du délai ? Il y aurait là une mesure transitoire de faveur, car l'interprétation des principes généraux conduirait à appliquer intégralement l'art. 310 aux conversions qui ne seraient pas encore devenues définitives, les époux n'ayant pas de droit acquis à la conversion obligatoire avant l'achèvement de la procédure.

En présence d'un texte formel, on doit reconnaître que l'application des principes généraux est écartée et que la mesure transitoire doit être respectée (2).

Cette étude du champ d'application dans le temps de la loi du 2 avril 1941 a permis de se rendre compte des difficultés que soulève, dans son application, le principe général de non-rétroactivité des lois.

Toutefois, en matière de divorce, elles sont peut-être moindres qu'ailleurs, car « de quelque vue théorique que l'on parte, les solutions pratiques auxquelles on est conduit laissent rarement place à des divergences » (3).

---

(1) Vizioz. Op. cit., p. 69.

(2) Carbonnier, Op. cit., p. 89; Cour Paris (7e Ch.), 16 décembre 1942, Gaz. Pal. 1er et 2 mars 1943.

(3) Carbonnier. Op. cit., p. 87.

CONCLUSION

La France a subi un désastre. Les raisons prochaines en sont multiples et d'ordres divers. Mais la cause profonde, celle d'où découlent les autres, c'est le fléchissement des âmes affaiblies par le goût de la paresse et du plaisir, c'est l'affaiblissement, dans les consciences, de la notion du devoir. La masse était maîtresse de son destin. Or, la masse a la vue courte. Elle ne voit que le présent ou le lendemain proche. Elle n'a pas le souci de l'avenir lointain : elle va, d'instinct, à la facilité. Ses droits l'enivrent, ses devoirs lui pèsent. Elle a besoin d'une volonté qui la guide, la canalise, lui impose les sacrifices qu'exige l'intérêt de la Nation. Sans cette autorité, la foule s'en va, inconsciente, à l'abîme. C'est cette autorité qui a manqué à la France. Au printemps 1940, elle s'est trouvée affaiblie, divisée, sans âme nationale, devant un peuple qui, lui, avait le culte de sa race et l'orgueil de sa force. L'écroulement a été brutal. En quelques semaines, ce pays, au passé si riche de gloire, s'est effondré. Impréparation militaire ? Faiblesse des effectifs ? Incurie du commandement ? Sans doute. Mais une cause unique domine : c'est le cœur même de la France qui a manqué. Et le mal vient de loin.

On peut en trouver les premiers syptômes dans le XVIII[e] siècle. La Révolution de 1789 a favorisé son développement en exaltant les droits de l'individu. Les droits ont fait oublier les devoirs. Si la France veut revivre, qu'elle médite l'austère leçon qui se dégage de sa défaite et qu'elle prenne de viriles résolutions.

Il est du devoir des autorités d'indiquer au pays la voie dans laquelle il doit s'engager courageusement. Trop de vertus ont été bafouées, qui avaient fait la santé de la race ; trop de vices, rendus séduisants, qui démolissent les sociétés. Littérature, cinéma, théâtre ont contribué à démoraliser le public. Il faut remonter la pente. L'œuvre sera de longue haleine. Elle devra être poursuivie avec ténacité par toutes les élites morales et intellectuelles du pays. A côté de cette œuvre capitale de rénovation des mœurs, la précédant, la préparant, l'étayant, une autre doit être menée dans le domaine des lois. Le législateur l'a compris. Convaincu que la famille est la cellule fondamentale de la société, il s'est attaché à la préserver, à la maintenir dans son unité. Tel est le but de la loi de 1941 sur le divorce. Convaincu, à n'en pas douter, du rôle néfaste du divorce, pourquoi l'auteur de la loi n'a-t-il pas été jusqu'au bout ? L'expérience lui apprenait qu'une porte, même faiblement entr'ouverte, est facilement forcée. Il pouvait considérer la multiplication des divorces que n'avait pas voulu l'auteur de l'ancienne loi, le sénateur Naquet, et mesuré le mal que cette multiplication avait fait au pays. Pourquoi n'a-t-il pas consacré l'indissolubilité du lien matrimonial ? Avec le problème du mariage on entre de plain-pied dans la

vie. Or la vie est ondoyante et diverse. Il est difficile, impossible même de l'enfermer dans la rigueur d'un texte législatif. L'essaie-t-on ? Torrent impétueux, elle brise l'obstacle ou, eau sournoise, elle le contourne : le législateur s'est résigné à l'inévitable, mais à l'inévitable seulement. Affirmant sa nette volonté de limiter le plus possible le nombre des divorces, il n'a admis la dissolution du mariage que dans certaines situations très graves qui rendent la vie commune impossible. Et même dans ces cas de force majeure, il ne s'est résigné qu'avec peine, après avoir multiplié les occasions de rapprochement entre les deux conjoints, après avoir épuisé toutes les ressources de la procédure.

On reproche à la loi d'avoir laissé une initiative ou une possibilité d'interprétation trop grande aux tribunaux. Il ne faut pas oublier qu'une demande en divorce pose un problème psychologique. Ceux qui se présentent devant la justice, ont des sensibilités différentes, extrêmement complexes. La loi ne peut entrer dans les passions, les désirs, les subtilités même qui meuvent un cœur d'homme, un cœur de femme. Après avoir indiqué son ferme désir d'éviter autant que possible la rupture du lien conjugal, après avoir fixé les motifs qui, seuls, pourront entraîner cette rupture, elle laisse à la sagesse des juges le soin d'apprécier, de conclure.

Telle qu'elle est, avec ses imperfections, ses faiblesses, ses précisions, la loi affirme, tenace, la volonté de maintenir la famille française et, par-dessus la famille, la Nation.

On peut espérer d'ailleurs que le pays, secoué par la rude leçon que les événements lui ont donnée, voudra se ressaisir, comprendre que la vie, la vie facile qu'il a connue ne mène qu'à la catastrophe. Seuls, montent vers un avenir sûr et fort, les peuples qui ont le goût du sacrifice, l'amour de la vie saine et robuste, la conscience de leur devoir.

Vu :
Le Président de la Thèse,
ANDRÉ TRASBOT.

Vu :
Le Doyen,
ROGER LENOAN.

Vu et permis d'imprimer :
Rennes, le 2 Avril 1943.
Le Recteur de l'Académie de Rennes,
SOURIAU.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY & RAU. *Cours de droit civil français*, 5e édition, par Bartin, t. 1 et t. 7.

BAUDRY-LACANTINERIE. *Traité de droit civil : des personnes*, par Houques-Fourcade, Cheneaux et Bonnecarrère, 3e édition.

CH. BEUDANT. *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome I et II, Tome I, introduction et explication du titre préliminaire du Code Civil avec la collaboration de Madame Béquignon-Lagarde, t. II : avec la collaboration de M. Batiffol.

GARSONNET & CÉZAR-BRU. *Traité théorique et pratique de procédure civile*, tome 7.

GLASSON, TISSIER MOREL. *Traité de procédure civile*, tome 2, 3e édition. Sirey.

JOSSERAND. *Cours de droit civil positif français*, tome 1, 3e édition. Sirey.

H. & L. MAZEAUD. *Traité de la responsabilité civile*, tome 2, 2e édition. Sirey.

PLANIOL & RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*, tome 2, La Famille avec la collaboration de A. Rouast, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*, tome 2, Librairie Générale de droit et de jurisprudence.

VRAYE & GODE. *Divorce et séparation de corps.*

OUVRAGES SPÉCIAUX — THÈSES ARTICLES

BLANC DU COLLET. *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France, en* 1884. Thèse, Paris, 1939.

J. BONNECASE. *Philosophie du code Napoléon appliquée au droit de la famille*, 2e édition, Paris, 1928.

J. CARBONNIER. *La notion de cause de divorce*, Revue Trimestrielle de droit civil, Sirey, 1937 - II - 281.

M. CRUPPI. *Le divorce pendant la Révolution* 1792-1804, Thèse, Paris, 1909-1910.

ESMEIN. *Le mariage en droit canonique*, 2e édition, 1929-35.

GLASSON. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 1880.

GLASSON. *Les effets de la loi sur le divorce*, Réforme sociale du 16 décembre 1895.

GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912.

GOYET. *La Chambre du Conseil en matière civile.*

LEFEBVRE. *Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine*, Nouv. revue historique, 1928, p. 102.

LÉON XIII. *Encyclique Arcanum,* Lettre encyclique du 10 février 1880.

H. MAZEAUD. *La protection de la famille et de son patrimoine,* Cours de droit civil approfondi, doctorat, Paris 1941-42.

OLIVIER-MARTIN. *La crise du mariage dans la législation intermédiaire,* Thèse, Paris, 1901.

PIE XI. *Encyclique Casti Connubii.*

G. RIPERT. *Le régime démocratique et le droit civil moderne.*

RODIÈRE. *La notion de cause péremptoire en matière de divorce* Sem-juridique, 1937, I, 12.

ROUAST. *La famille dans la nation,* Coll. bibliothèque du Peuple.

ROUBIER. *Les conflits de loi dans le temps,* 2 vol., Paris, Sirey, 1929.

Revues de l'Alliance Nationale contre la dépopulation.

SAVATIER. *Le droit, l'amour et la liberté,* Paris, 1937.

Association du mariage chrétien. Le divorce, Congrès d'Arras, 1928. Paris, 86, rue de Gergovie.

THIBAULT-LAURENT. *La première introduction du divorce en France,* Thèse, Montpellier, 1939.

COMMENTAIRES DE LA LOI DU 2 AVRIL 1941

MARC ANCEL. S. 1941. L. ann., p. 573.

ANOYAUT. *Rec. gén. lois, décrets, arrêtés,* 1941, p. 153.

A. BRETON. *J.C.P.,* 41-1, 205.

André Breton. *La loi du 2 avril* 1941 *sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence.* I. Questions de droit transitoire J.C.P. 42-1-282. II. Questions d'intérêt permanent J.C.P. 42-1-298.

J. Carbonnier. *D.C.*, 1941, L., p. 61.

P. Charrier. *Le divorce et la séparation de corps.* Imprimerie du Palais.

P. Charrier. *Le divorce, questions nouvelles*, Gaz. Pal. 41-1-Doct., p. 105.

Le sursis à statuer dans la procédure de divorce, Gaz. Pal. 41-1-Doct, p. 152.

P. Chassagnade-Belmin. *Journal notaires*, 1941, p. 513.

Esmein. *La réforme du divorce et de la séparation de corps*, Gaz. Pal. 1941, 1, Doctr. p. 101.

Esmein. *L'application de la loi du 2 avril* 1941 *aux instances en cours*, ibidem, p. 104.

J.-F. Le Clec'h. *L'art. 233 du Code civil et la réforme du divorce.* J.C.P. 43-1-305.

J.-F. Le Clec'h. *Lois nouvelles*, 1941, pp. 133 et 309.

Lagarde. *Rev. Trim. Droit Civil* 40-41, p. 423 et suiv.

H. Vizioz. *La loi du 2 avril* 1941 *sur le divorce et la séparation de corps*, 1 vol., 1941.

Voirin. *Rev. Trim. Droit Civil* 40-41, pp. 341 et 508.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION ..... Page 7 à 48

Le Problème du Divorce.

Evolution de la Législation en Droit Français.

Ancien Droit.

Droit intermédiaire.

Code Civil.

Loi du 8 Mai 1816.

Loi du 27 Juillet 1884.

Ses effets.

La réaction.

Loi du 2 Avril 1941.

Ses caractères généraux.

Plan du commentaire.

Allocution radiodiffusée de M. le Garde des Sceaux.

CHAPITRE I

Réformes apportées par la loi en vue d'accentuer le caractère de sanction du divorce.. Page 49 à 79

Section I. — Action du législateur sur les causes du divorce ..... Page 49 à 62

Paragraphe 1 : Enumération des Causes.

Paragraphe 2 : Les causes péremptoires.

Art. 229, 230 et 231.
Leur régime juridique.

Paragraphe 3 : Les causes facultatives.

Le nouvel art. 232.
Sa mise en œuvre.
Son efficacité.

Section II. — Action sur les effets du divorce ..... Page 62 à 70

Effets du divorce avant la loi nouvelle.
L'ancien art. 301.
La jurisprudence.
Effets du divorce depuis la loi du 2 avril 1941.
Le nouvel art. 301.
La pension alimentaire ordinaire.
Les dommages-intérêts.
Responsabilité du conjoint fautif.
Application de l'art. 1382.
Efficacité de la réforme.

Section III. — Action sur la conversion de la séparation de corps en divorce ..... Page 71 à 79

Le nouveau texte, art. 310, alinéa 1.

Paragraphe 1 : Caractère facultatif de la conversion.

Délai de conversion de trois ans.
Pouvoir d'appréciation des juges.
Les cas.
Considérations à retenir.
Les décisions récentes.

Paragraphe 2 : Conséquences du caractère facultatif de la conversion.

Non prévues.

La possibilité d'une demande reconventionnelle.

La possibilité de faire usage du sursis.

Expresses, art. 249.

La possibilité d'acquiescer.

CHAPITRE II

Réformes apportées en vue de retarder le divorce ..... Page 81 à 112

Considérations générales.

Section I. — Irrecevabilité de la demande durant les trois premières années du mariage.. Page 82 à 92

Les origines du nouvel art. 233.

Les caractères de la prohibition.

La mise en œuvre de l'irrecevabilité.

Points de départ et d'expiration du délai.

L'opposition de l'irrecevabilité.

La sanction de l'inobservation du délai.

Une exception dilatoire ?

Une fin de non-recevoir ?

Les effets de la sanction.

Efficacité de la réforme de l'art. 233.

Section II. — Ajournement de l'autorisation de citer ..... Page 92 à 98

Le nouveau texte, art. 238, alinéa 5.

Le contenu de l'ordonnance d'ajournement.

Le délai.

Les mesures provisoires.

Les caractères de l'ordonnance d'ajournement.

Le caractère gracieux.

Le caractère facultatif.

La situation des parties à l'expiration du délai d'ajournement.

Section III. — Le sursis à statuer.. Page 98 à 109

Le nouveau texte.

Paragraphe 1 : Nature du sursis à statuer.

Opinion du Président Charrier.

Opinion de la majorité des auteurs.

La jurisprudence récente.

Paragraphe 2 : Contenu et cas d'intervention du sursis.

Les délais.

Les mesures provisoires.

Le caractère facultatif du sursis.

Le pouvoir discrétionnaire du Tribunal.

Efficacité de la réforme de l'art. 246.

Section IV. — Suppression de l'obligation d'instruire en appel la cause comme affaire urgente ..... Page 110 à 112

Chapitre III

Réformes apportées en vue de moraliser le procès en divorce ..... Page 113 à 123

Section I. — Suppression de la publicité des débats ..... Page 113 à 117

Le nouveau texte, l'art. 239.
Le principe de non-publicité des débats.
Sa portée.
Sa sanction.
Valeur de la réforme.

Section II. — Suppression de la publicité incitant au divorce ..... Page 117 à 123

Le nouveau texte, l'art. 5 de la loi du 2 avril 1941
La création d'un délit.
Eléments constitutifs du délit.
Une offre de services.
Réalisation par certains moyens.
Réalisation dans un certain but.
Sanctions encourues.

Chapitre IV

Champ d'application de la loi nouvelle dans le temps ..... Page 125 à 144

Principes généraux de règlement des conflits de loi dans le temps ..... Page 125 à 131

Application des principes
dégagés ..... Page 131 à 144
Le régime des causes.
Les dispositions de procédure.
La publicité.
L'ajournement.
Le sursis à statuer.
Le cas de l'art. 233.
Les effets du divorce.
Les dispositions d'ordre pénal.
L'art. 6 de la loi du 2 avril 1941.
Les problèmes qu'il pose.

CONCLUSION ..... Page 145 à 147

BIBLIOGRAPHIE ..... Page 149 à 152

IMPRIMERIES REUNIES
(Société Coopérative)
22, Rue de Nemours, RENNES